La nozione di frutto che il diritto romano tramanda non è unitaria e riflette una stratificazione storica che abbraccia realtà molto diverse, anche dal punto di vista delle forme di produzione. Protagonista di questa storia è, però, la *iurisprudentia* romana, il cui contributo va studiato e valorizzato nella sua ampia ricchezza di prospettive, di concezioni e di costruzioni maturate all'interno di un dibattito scientifico ancora in parte ricostruibile, e utile elemento di riflessione anche per la scienza giuridica moderna e i problemi che nel XIX e XX secolo il reddito del capitale solleva in relazione all'attuale nozione giuridica di frutto.

Riccardo Cardilli (Roma 1965) è professore associato di Istituzioni di diritto romano nella Facoltà di Giurisprudenza di Salerno. Tra le sue pubblicazioni: *L'obbligazione di* «praestare» *e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995.

0700868

RICCARDO CARDILLI
La nozione giuridica di *fructus*
ESI

Questo volume, sprovvisto del talloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

L. 52.000
€ 26,85

ISBN 88-495-0024-6
9 788849 500240

Grafica di Franco Canale

PUBBLICAZIONI DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Sezione di Studi Giuridici

26

Riccardo Cardilli

La nozione giuridica di *fructus*

Edizioni Scientifiche Italiane

PUBBLICAZIONI DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

SEZIONE STUDI GIURIDICI

Commissione scientifica:

Proff. Vincenzo Buonocore, Alfonso Catania
Luigi Kalb, Pasquale Stanzione

COPIA D'OMAGGIO
ESEMPLARE FUORI COMMERCIO

PUBBLICAZIONI DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
SEZIONE DI STUDI GIURIDICI
26

Riccardo Cardilli

La nozione giuridica di *fructus*

Edizioni Scientifiche Italiane

A mio padre, in memoriam

CARDILLI, Riccardo
La nozione giuridica di *fructus*
Collana: Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Salerno
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000
pp. 456; 24 cm
ISBN 88-495-0024-6

© 2000 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.esispa.com
E-mail: info@esispa.com

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Desidero esprimere la mia gratitudine ai professori Filippo Gallo, Rolf Knütel e al mio Maestro Sandro Schipani, per aver avuto la pazienza di leggere il lavoro, suscitando in me ripensamenti e rinnovate riflessioni, delle quali la ricerca, di cui assumo la piena responsabilità, si è indubbiamente giovata.

Ringrazio l'amico Antonio Saccoccio per l'insostituibile aiuto datomi nella revisione dello scritto per la stampa.

INTRODUZIONE

LA NOZIONE DI FRUTTO NELLA MODERNA SCIENZA ROMANISTICA

SOMMARIO: 1. La critica di G.E.Heimbach alla nozione tripartita di frutto che la tradizione del *ius commune* aveva costruito sulle fonti romane. 2. Il tentativo del Savigny di costruire una nozione unitaria di frutto. 3. La critica alla costruzione del Savigny e la nozione rigorosa di frutto come prodotto naturale della cosa del Göppert. 4. Sintesi del Windscheid, che ripropone una nozione non unitaria. 5. La nozione unitaria di frutto come reddito del capitale: l'intuizione del Dernburg e l'elaborazione del Petražycki. 6. La ricchezza di prospettive concettuali presenti nelle fonti romane come il risultato di stratificazioni storiche: il contributo del Reichel. 7. La critica alla costruzione del frutto come reddito del capitale del Petražycki da parte del Sokolowski. 8. Il contributo della romanistica italiana della prima metà del secolo: Perozzi, Segrè e Bonfante. 9. L'approfondimento della relatività del concetto in relazione agli usi socio-economici: Biondi, Grosso e Pugliese. 10. Le sintesi del Bretone, dello Scarlata Fazio e del Kaser. 11. L'opportunità di un riesame delle fonti teso a valorizzare le costruzioni dogmatiche della *iurisprudentia* romana.

1. *La critica di Gustav Ernst Heimbach alla nozione tripartita di frutto che la tradizione del* ius commune *aveva costruito sulle fonti romane*

L'opera di Gustav Ernst Heimbach del 1843 sul frutto[1] può essere considerata la prima consapevole critica della scienza romanistica alla nozione tripartita di frutto (naturale, industriale e civile) che la tradizione romanistica aveva costruito ed affinato sulle fonti romane[2]. È una reazione che muove dalla necessità di precisare i «concetti» in materia per il diritto romano e per quello tedesco all'interno del loro contesto originario, coerentemente ai principî fissati dalla Scuola storica[3]. L'approccio

[1] G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig (1843).

[2] Vd. a riguardo *infra* Appendice, pp. 397 ss.

[3] Così nella dedica-prefazione che l'A. indirizza a Wilhelm Ferdinand Steinacker, professore ordinario e decano della *Juristenfakultät* di Leipzig.

esegetico alle fonti romane svela così i limiti della tradizionale costruzione della nozione di frutto.

Lo Heimbach muove dalla constatazione che il concetto di frutto sia il risultato dell'interpretazione della giurisprudenza classica, in particolare nell'àmbito dell'usufrutto, per poi essere applicato ad altri rapporti giuridici[4]. Esso avrebbe due significati, uno soggettivo, come godimento, l'altro oggettivo, nel senso di prodotti che una cosa dà attraverso la sua attività organica. Per entrambi i significati sarebbe requisito comune la destinazione del frutto al soddisfacimento dell'uomo[5].

Le fonti classiche testimonierebbero una progressiva estensione del concetto, includendo nuove cose nel novero dei frutti: cose incorporali, come l'utilità soggettiva contata nei frutti oggetto di *restituere* nelle azioni reali; le mercedi locative, a differenza degli interessi pecuniari, sebbene resti traccia di costruzioni più rigorose che giustappongono le pensioni ai frutti; le *operae servorum*; i nati dagli animali, sebbene in materia vi sarebbero state discussioni; anche gli acquisti degli schiavi[6].

Lo Heimbach, enucleati i requisiti della categoria, viene quindi a proporre una definizione unitaria: frutto in senso giuridico è ogni cosa che è prodotta da cose corporali attraverso la loro innata forza organica, senza che se ne intacchi la sostanza. Il bene prodotto ha la pretesa ad esistere come cosa autonoma, secondo gli scopi che l'uomo è solito soddisfare con l'acquisto dello stesso[7]. Da questa definizione, lo Heimbach trae le caratteristiche distintive del frutto dal *partus*, dagli interessi del danaro, e, sviluppando la linea rigorosa che le fonti testimoniano, persino dalle *pensiones* e dalle *operae* degli schiavi[8].

Rispetto ai frutti civili, dopo aver riassunto le diverse nozioni di essi che la tradizione tramandava (utilità non fondate sulle forze naturali della cosa, ma che si traggono da essa in base alla legge; utilità ricavate per occasione dalla cosa; proventi che la cosa dà grazie ad un negozio giuridico; qualsiasi vantaggio, anche puramente soggettivo, che un certo uso della cosa può dare), l'A. sottopone a serrata critica la costruzione tradizionale. Le pensioni locative non sarebbero frutti, sebbene soggiacciano di solito allo stesso regime giu-

[4] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 1-3.
[5] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 3-4.
[6] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 5-20.
[7] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 20.
[8] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 21-22.

ridico. Paradigmatica sarebbe la qualifica ulpianea in D.22,1,36 delle pensioni come *pro fructibus*[9], mentre in Papiniano D.6,1,62 pr. (*vectura sicut usura non natura pervenit sed iure percipitur*), si tratterebbe soltanto di una analogia, ma non di una identificazione. Gli interessi pecuniari sarebbero esclusi per definizione dai frutti (D.50,16,121: *usura pecuniae in fructu non est*), e la loro qualificazione in termini di *vicem fructuum* (Ulp. D.22,1,34) indica lo sforzo di estensione della disciplina giuridica propria dei frutti anche ad essi[10]. Mentre i moderni interpreti costruiscono per questi redditi una categoria autonoma di frutti cd. civili, risultato di una falsa rappresentazione delle fonti romane, i giuristi romani distinguono i frutti dalle cose che fanno le veci dei frutti per il diritto. Lo Heimbach conclude che il diritto positivo, in base ad inammissibili combinazioni e a *Gedankenlosigkeit* degli interpreti, avrebbe recepito falsi principî, che si devono considerare generalizzazioni di risultati interpretativi inaccettabili[11].

Il rinnovato sforzo esegetico diretto a riportare all'antico splendore i concetti e i principî romani, secondo le linee metodologiche tracciate dalla Scuola storica del diritto, matura nello Heimbach una reazione critica contro la costruzione dogmatica tramandata dal pensiero giuridico precedente. Questa critica trova il suo campo elettivo di verifica proprio nella falsa rappresentazione del concetto di frutto che le fonti romane tramanderebbero secondo l'indirizzo tradizionale.

2. *Il tentativo del Savigny di costruire una nozione unitaria di frutto*

Anche in Savigny si fa percettibile un indebolimento della nozione tripartita di frutto (naturale, industriale e civile) che la tradizione del *ius commune* aveva costruito[12]. Nel § 265 del suo *System,* dedicato agli effetti della *litis contestatio*, in particolare all'ampiezza del *restituere*, egli distingue tra frutti e acquisti occasionali; riconosce un significato originario di frutto, correlato alle leggi

[9] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 29-32.
[10] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 32-40.
[11] G.E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 40.
[12] F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin (1847), § 265 ss., pp. 101 ss.

organiche della natura, ed un successivo significato giuridico di frutto. Quest'ultimo avrebbe come sua caratteristica essenziale la periodicità[13].

Accanto a questi acquisti, se ne hanno altri derivanti dalla conclusione di negozi giuridici riguardanti la cosa-madre e che quindi nulla hanno a che fare con le leggi della natura organica. Talvolta anch'essi assumono una cadenza periodica, sì da determinarne un'assimilazione oppure un avvicinamento in chiave analogica ai frutti[14]. Si parlerebbe quindi di frutti civili in relazione in particolare alle pensioni locative e agli interessi di un capitale[15].

La costruzione di una nozione coerente di frutto (naturale e civile) segue un'interpretazione restrittiva di D.50,16,121 (*usura pecuniae in fructu non est*) che è ritenuto non collidere con D.6,1,62 pr.(*vectura sicut usura non natura pervenit sed iure percipitur*) e D.22,1,34 (*usurae vicem fructuum optinent*). In particolare, proprio questi ultimi frammenti esprimerebbero bene la nozione di frutto[16]. L'elemento caratteristico della categoria è colto nella idoneità a riprodurre un reddito periodico, modellando una nozione giuridica unitaria, al di là della natura del rapporto di derivazione (*ex corpore rei, ex re, ex usu rei, propter rem*), che continua ad essere designata frutto e che include pensioni e interessi pecuniari.

La strada percorsa dal Savigny è diversa da quella dello Heimbach. Lo sforzo costruttivo sembra diretto a cogliere con maggiore profondità l'essenza del concetto, oltre le definizioni e i concetti che le fonti romane tramandano. In questo modo egli, accentuando il requisito della periodicità ed estendendo il rapporto di derivazione, può includere anche quei redditi fondati esclusivamente su un rapporto giuridico, come le pensioni locative e gli interessi del danaro.

3. *La critica alla costruzione del Savigny e la nozione rigorosa di frutto come prodotto naturale della cosa del Göppert*

La linea interpretativa del Savigny non trova conferma nel lavoro del Göppert del 1869. Questo autore pone l'ulteriore questione dogmatica di

[13] F.C. von Savigny, *System* cit., VI, pp. 101-102.

[14] Per il F.C. von Savigny, *System* cit., VI, p. 102 n. a, il ragionamento analogico troverebbe espressione nel *vicem fructuum* di D. 22, 1, 34 e nel *pro fructibus* di D. 22, 1, 36.

[15] L'affermazione è corroborata in nota dall'*usurae vicem fructuum optinent* di D. 22, 1, 34, che non sarebbe in aperta contraddizione con D. 50, 16, 121, frammento che al contrario andrebbe riletto alla luce di D. 6, 1, 62 pr.; F.C. von Savigny, *System* cit., VI, p. 103 n. b vedi altresì p. 102 n. a.

[16] F.C. von Savigny, *System* cit., VI, pp. 140 ss.

quale parola tedesca debba essere utilizzata per esprimere la nozione giuridica di frutto[17]. I giuristi romani avrebbero avuto un concetto di frutto come prodotto organico di una cosa, limitato quindi agli *Erzeugnisse* che rappresenterebbero il suo normale «reddito» (*Ertrag*)[18]. Storicamente, si sarebbe partiti da un significato esprimente l'attività di *frui*. Ciò avrebbe permesso di soddisfare le necessità alimentari. Soltanto in una seconda fase, questa attività avrebbe coinvolto anche altri bisogni umani, attraverso la percezione di prodotti nati dalla cosa in godimento. L'ultimo gradino di questo sviluppo sarebbe rappresentato, per il Göppert, dal significato di frutto come ogni utilità che la cosa produce[19]. La definizione di D.50,16,77 (*frux pro reditu*) sarebbe la prova di come i giuristi romani abbiano esteso la concezione originaria dei frutti come «Erträgnisse» a nuovi «Genußobiekte»[20]. *Fructus*, però, almeno nella concezione dei giuristi classici, non avrebbe mai assunto il significato di «Erträgnisse aller Art». Tale risultato sarebbe dovuto ai compilatori giustinianei[21]. Sui frutti civili, il Göppert assume, infine, una posizione dichiaratamente critica, negando la correttezza dell'attrazione delle mercedi locative e degli interessi del danaro nella nozione giuridica di frutto[22].

La critica alla tesi del Savigny privilegia così la nozione naturalistica di frutto. Il Göppert propone altresì di sciogliere il rapporto tra le due concezioni, l'una naturalistica, l'altra economico-sociale, in chiave storica. La prima sarebbe quella della giurisprudenza classica, la seconda quella dei giustinianei.

4. *La sintesi del Windscheid, che ripropone una nozione non unitaria*

La linea interpretativa del Savigny viene solo in parte sviluppata dal Windscheid. Egli, nelle sue Pandette, considera frutto: a) le «produzioni

[17] H. Göppert, *Über die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht*, Halle (1869), pp. 11 ss.

[18] H. Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 21.

[19] H. Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., pp. 21-22.

[20] H. Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 33.

[21] H. Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., pp. 35-37.

[22] «... darum übersah man nothwendig die wahren Grenzen, auf welche sich die Gleichheit ihrer juristischen Behandlung beschränkt», H. Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 47.

organiche di una cosa, nelle quali si manifesta il suo reddito, cioè l'utilità che la cosa somministra senza diminuzione della sua sostanza»; b) «quelle cose che una cosa somministra come reddito, anche quando esse non appartengono alle produzioni organiche»; c) «in senso lato, anche quel reddito non somministrato dalla cosa stessa, ma lucrato da essa per l'intermezzo d'un rapporto giuridico»[23]. È evidente lo sforzo di costruire una nozione di frutto il più possibile ampia, ma rispettosa dei requisiti che la tradizione tramandava. Si segue la via dell'estensione del rapporto di derivazione tra nuovo bene e cosa-madre, e quella dell'accentuazione della periodicità (normale reddito della cosa).

Per le nozioni sub a) e b), il Windscheid segue in parte il lavoro del Göppert. Per quella sub c), egli ricorda il passo di Papiniano D.6,1,62 pr., dove vi è lo sforzo più vistoso compiuto dalla giurisprudenza romana per costruire una categoria di frutti giuridici (vd. *infra* pp. 256 ss.); rispetto, infine, agli interessi, riconosce che «usualmente dei fitti e degli interessi vien detto che essi non sono propriamente frutti, ma vengono riguardati come frutti» citando sia D.22,1,34 che D. 50,16,121[24].

5. *La nozione unitaria di frutto come reddito del capitale: l'intuizione del Dernburg e l'elaborazione del Petražycki*

Il Dernburg[25] costruisce invece una nozione unitaria di frutto in termini di normale reddito del capitale: «Frutto – 'utile al netto' (*Einkommen*) - è il normale reddito (*Ertrag*) di una cosa o di un'altra parte costitutiva del patrimonio - del capitale. L'economia umana deve necessariamente da una parte distinguere il capitale, o la sostanza del patrimonio, e dall'altra il frutto o 'utile al netto' di esso. A questa distinzione si associa il diritto», citando a conforto di questo criterio economico D.50,16,77. Il Dernburg contrappone

[23] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M. (1906[9]), I, § 144, pp. 716-717; le parole del testo sono tratte dalla trad. it. con note e riferimenti al dir. civ. it. di C. FADDA e P.E. BENSA, I, 2, Torino (1925), pp. 17-20.

[24] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9] cit., I, § 144, p. 717 n. 9-10 [=*Diritto delle Pandette* cit., I, 2, pp. 19-20 n. 9 e 10].

[25] Vd. a riguardo H. DERNBURG, *Pandekten, I. Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin (1884; cito da 1896[4]), § 78, pp. 181-182; non è sempre affidabile la traduzione italiana in *Pandette I. 1 Parte generale*, trad. it. della 6° ed. del 1884 di F. CICALA, Torino, p. 225 e n. 2.

questa costruzione a quella dominante di frutto come prodotto naturale della cosa. Essa chiarirebbe perché i minerali, la selvaggina, le mercedi e gli interessi pecuniari possano ascriversi nel concetto. Si viene a fissare un legame significativo tra nozione giuridica di frutto e quella economica di normale reddito del capitale.

Non passano molti anni che un giurista polacco, formatosi alla scuola del Dernburg, darà una ulteriore legittimazione teorica alle spinte provenienti dalle teorie economiche. L'opera di Leo von Petražycki[26], infatti, rappresenta un momento di svolta, spesso non adeguatamente messo in luce[27], per la legittimazione nella scienza giuridica di un significato di frutto come normale reddito del capitale. Tale operazione è il risultato di un lavoro interpretativo che accentua modelli dogmatici presenti nelle fonti romane, tentandone però una *reductio ad unitatem*, così da appiattire la ricchezza di prospettive in esse presenti.

Il Petražycki accoglie, infatti, il significato soggettivo di frutto, come ogni utilità che l'uomo può trarre dalla cosa. Solo se si guarda alla cosa da questa prospettiva sarà possibile cogliere il suo effettivo «*Grundbegriff*»[28]. Da questo punto di vista, secondo il Petražycki, non ci sono dubbi: le fonti tramanderebbero un significato di frutto come «*Einkommen*» (utile al netto). In particolare, la critica che il Petražycki fa alla metafora della cosa-madre porta ad approfondire, in relazione alle *usurae,* il concetto di *reditus sortis / reditus summae / reditus pecuniae*. In realtà, secondo questo A., i giuristi romani non ragionerebbero in termini di derivazione del frutto da una cosa-madre, ma in termini di reddito del capitale[29], cioè di utilità al netto, come calcolo contabile, salvaguardata la sostanza del capitale. In questa prospettiva anche gli interessi sarebbero un frutto della somma capitale, citando Africano D.35,2,88,3.

[26] *Die Lehre vom Einkommen I. Grundbegriffe*, Berlin (1893); *II. Einkommenersatz*, Berlin (1895).

[27] Vd. ora sul giurista T. GIARO, *La 'Civilpolitik' di Petražycki o dell'amore del sistema decentralizzato*, in *Index* 23 (1995), 97 ss.

[28] L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., pp. 12-13.

[29] L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., p. 32; vd. altresì le precisazioni a p. 34; e soprattutto *II*, p. 179 «Vom Standpunkt dieses Einkommenbegriffes sind die Zinsen *fructus*» e «man kann nicht so sicher, so regelmäßig und so für das Kapital gefahrlos Einkünfte von einer Fabrik, von einer Theater, von einem Miethhause, von einem Landgute gewinnen, wie von einer Geldsumme».

Attraverso questa constatazione, si pone per la prima volta come essenziale, per il Petražycki, l'approfondimento dei significati di altri termini latini diversi da *fructus* (come *reditus* e *quaestus)* che possano servire per una completa fissazione del concetto di *Einkommen*[30].

La scelta di valorizzare la nozione di frutto come utilità al netto, si presta adeguatamente a cogliere il fenomeno della produzione nella nuova forma economica del capitale. Questo salto concettuale viene realizzato utilizzando le categorie che la dogmatica tramandava, forzandole al fine di costruire un concetto adeguato alla nozione economica dell'utile al netto percepito da un capitale[31].

6. *La ricchezza di prospettive concettuali presenti nelle fonti romane come il risultato di stratificazioni storiche: il contributo del Reichel*

Nel 1901 il Reichel viene a riprendere il problema concettuale che la categoria solleva, ponendosi come momento di passaggio significativo tra le costruzioni del secolo XIX e le nuove prospettive che si apriranno alla scienza romanistica dopo qualche decennio[32].

Il Reichel è sensibile alle categorie da lui utilizzate ed ai possibili imprestiti. In particolare, è significativa la precisazione del rapporto tra *Erträgniß* ed *Ertrag*. Il primo significherebbe il reddito, materializzato in cose corporali, che può trarsi da una cosa-madre; il secondo, invece, un puro calcolo contabile espresso in valore monetario[33]. In italiano i redditi-proventi della cosa e il reddito al netto, cioè il profitto. Solo in relazione al secondo concetto si pone un problema di valutare il ricavo (*Erlös*), che a differenza del profitto rientra nel capitale e non nel suo reddito.

Attraverso un sintetico quadro ricostruttivo del concetto di frutto nelle varie fasi della storia del diritto romano, il Reichel individua una prima ge-

[30] L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen I* cit., pp. 51 ss.; sul rapporto tra *usurae* e *fructus* e sul significato delle prime come frutto del capitale: *II. Einkommenersatz* cit., pp. 176 ss. e pp. 270 ss.

[31] Si compie, come è stato detto, una «saldatura formale dei rapporti tra capitalismo moderno e strutture giuridiche della tradizione romano-germanica»; C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano (1985), p. 13.

[32] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen BGB*, in *Jherings Jahrbücher* 42 (1901), pp. 205 ss.

[33] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 208-209.

nuina concezione romana di frutto come prodotto naturale
concezione, risultato di un ampliamento per analogia, carat
nozione economico-sociale[34].

A questo riguardo, la moderna categoria dei frutti civili troverebb
to in alcune affermazioni risalenti a Paolo (D.22,1,38,13 per le pens
locative) e ad Africano (D.35,2,88,3 per gli interessi pecuniari)[35]. Esse testimonierebbero, per l'età successiva al giurista Pomponio (da cui è tratto D.50,16,121: *usura pecuniae in fructu non est*), la considerazione degli interessi pecuniari come frutti della *pecunia credita*. Analogamente sarebbero stati considerati frutti i redditi di sostituzione, come pensioni, mercedi e *vecturae* percepite attraverso la locazione (il passo di Paolo D.22,1,38,13; Ulp. D.5,3,29)[36].

Il Reichel accorda un maggiore livello di astrazione alla concezione che ascrive nei frutti anche le utilità derivanti dall'esercizio di un diritto. Si tratta dei redditi di cose incorporali, valutati come frutti da Labeone (D.8,5,4,2), Gaio (D.22,1,19,1) e Ulpiano (D.8,5,6,6)[37].

Per il Reichel, però, questi concetti di frutto sarebbero profondamente diversi. Essi parteciperebbero soltanto dello stesso nome[38].

Infine il Reichel verifica la correttezza della costruzione del Petražycki del frutto come reddito netto. Ritiene che si tratti di una generalizzazione di spunti presenti nelle fonti, che attengono essenzialmente alla restituzione dei frutti, e che pur adeguata all'economia dell'Ottocento non rifletterebbe la concezione romana[39].

Il Reichel conclude proponendo un concetto romano di frutto desunto induttivamente (su una base testuale peraltro insufficiente e oggetto di analisi superficiale) dalle fonti trattate[40].

Prima importante conclusione è l'esistenza di diversi significati di frutto tramandati dalle fonti giustinianee. Tutti questi concetti troverebbero una comune denominazione nel termine *fructus*.

Seconda importante conclusione: questa diversità di significati sarebbe il risultato di una stratificazione storica. Ciò non dovrebbe indurre a pensa-

[34] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 210 ss.
[35] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 228.
[36] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 229.
[37] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 233-234.
[38] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 235.
[39] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 236-239.
[40] H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 239 ss.

re che manchi un concetto romano di frutto, ma soltanto che nel compendio giustinianeo questi diversi significati convivono decontestualizzati dalla loro maturazione storica[41].

Il Reichel vuole verificare se le proposte costruttive più importanti della moderna scienza giuridica colgano l'essenza di questi diversi concetti che la tradizione del diritto romano conserva. Egli ritiene insoddisfacente la distinzione tra frutti civili e naturali, in quanto tradisce le fonti romane ed accomuna redditi che non partecipano della stessa natura[42]. Per il Reichel non avrebbe miglior fortuna lo stesso tentativo del Petražycki, teso ad evidenziare la differenza tra frutti al netto e quelli comprensivi del ricavo. Quest'ultima costruzione sarebbe fondata su una generalizzazione di alcuni spunti presenti nelle fonti, guidata dal concetto moderno di profitto, dimenticando tutte le numerose fonti relative al frutto come prodotto della cosa-madre[43].

Il Reichel viene quindi a verificare i requisiti caratteristici della categoria, in base alle teorie esistenti in dottrina[44]. La teoria che considera frutti i prodotti naturali della cosa-madre peccherebbe in eccesso, dato che non tutti i prodotti sono considerati frutti[45]. Al contrario, la teoria dei frutti come redditi della cosa-madre coglierebbe nel segno. Non sarebbe però corretto costruire questa nozione in base al requisito della natura economica della cosa, né sulla ripetibilità della produzione (Petražycki), né infine sulla regolare periodicità del reddito (Dernburg).

In realtà, il requisito caratteristico della categoria sarebbe quello della conservazione del bene-capitale. Soltanto i redditi che dimostrano di conservare la sostanza della cosa-madre possono considerarsi suoi frutti[46]. Così precisato il concetto, vi rientrerebbero sia i redditi percepiti dalla cosa in base ad un rapporto giuridico, sia quelli collegati all'esercizio di un diritto. I primi sarebbero *Verkehrsfrüchte*, nel senso di redditi corrispettivi della concessione del godimento (*Nutzungsentgelte*)[47], mentre i secondi sarebbero i vantaggi patrimoniali stimabili in danaro che l'esercizio del diritto assicura al suo titolare.

La ricostruzione del Reichel fissa un punto fermo: la storicità attraverso

[41] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 239-240.
[42] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 241.
[43] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 241-242.
[44] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 244 ss.
[45] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 245-246.
[46] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 250-256.
[47] H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 260.

cui guardare alle diverse prospettive dogmatiche presenti n
peraltro non approfondisce adeguatamente proprio il prof
nendo necessariamente vincolato ai risultati fino ad allora
c'è dubbio, però, che il suo contributo rappresenti un momento s
della prima presa di distanza, non completamente svolta, tra costr
ottocentesche e riflessione romanistica di questo secolo.

7. *La critica alla costruzione del frutto come reddito del capitale del Petražycki da parte del Sokolowski*

Alcune voci di lessici o di enciclopodie di inizio secolo si limitano a descrivere i diversi concetti di frutto presenti nelle fonti romane come espressione di due concezioni: l'una naturalistica e l'altra economico-sociale[48].

Il Sokolowski[49], al contrario, viene ad approfondire l'intuizione del Petražycki sulla nozione soggettiva di frutto, cogliendo proprio in questa tensione tra nozione oggettiva, collegata alla produzione naturale delle cose, e soggettiva, strettamente dipendente dalla volontà dell'uomo e dalle utilità che dalla cosa ritiene di poter trarre anche attraverso negozi giuridici, il momento chiave dello sviluppo storico del pensiero giuridico romano. L'inadeguatezza di una nozione di frutto come prodotto organico sarebbe sentita dai romani già rispetto al *partus ancillae* e alla *vetus quaestio* tra Manilio, P. Mucio e Bruto (D.7,1,68 pr.). Qui per la prima volta sarebbe possibile cogliere l'influenza del pensiero stoico, al quale ripugnava una considerazione dello schiavo come *res* e non come *homo*[50].

Ciò però non determinerebbe, per il Sokolowski, un immediato abbandono della nozione oggettiva, anzi essa diviene oggetto di approfondimenti in base anche all'influenza del pensiero filosofico sulle concezioni dei

[48] Per lo Heumann, seguito poi dal Seckel (*Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, Graz [1971⁹], p. 222), le fonti giuridiche romane tramanderebbero due nozioni di frutto: una 'propria', di «prodotto organico della cosa madre», ed una 'impropria', di «qualunque reddito, qualunque vantaggio patrimoniale» che può ricavarsi da una cosa o da un diritto. In questo contesto D. 50, 16, 121 rappresenterebbe indirettamente la nozione 'propria' di frutto. È questa anche la tesi del Leohnard, *Fructus*, in PWRE. VII. 1 (1910), col. 120.
[49] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht I. Sachbegriff und Körper*, Halle (1907; rist. 1959), pp. 443 ss.
[50] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 446.

giuristi[51]: così in relazione alla teoria aristotelica dell'«unità» nell'essere e nel divenire, la nozione di *fructus pendens* come *pars fundi*; o rispetto alla teoria stoica dello sviluppo della vita umana e animale, la considerazione del *partus ancillae* come *portio mulieris*. L'unità e uguaglianza tra cosa madre e ciò che da essa cresce condizionerebbe, per il Sokolowski, le possibilità espansive del concetto, sí da impedire di ascrivervi redditi come gli interessi del capitale (D.50,16,121)[52]. In altri casi, invece, sarebbe possibile estendere la nozione oggettiva (come per i minerali, le piante e i prodotti degli animali), comportandone un riadeguamento. Ciò non significa però, come dimostrerebbe per Sokolowski la definizione di *frux* come *pro reditu* in D.50,16,77, l'assenza di requisiti necessari perché si circoscriva la categoria: come i requisiti della periodicità e della salvaguardia della capacità produttiva della cosa madre.

Mentre nella visione romana è il legame naturalistico tra cosa-madre e suo frutto, a qualificare il rapporto di derivazione, nella mentalità moderna si accentuerebbe il momento subiettivo, che determinerebbe cosa rientri nel capitale e cosa invece nel suo reddito.

Il Sokolowski, dopo aver affrontato le questioni della separazione del frutto dalla cosa-madre[53] e del suo destino giuridico in rapporto alla stessa[54], approfondisce la nozione naturalistica di frutto in rapporto agli istituti coinvolti[55]. Egli svela così l'importanza del limite della *rerum substantia* per la individuazione di ciò che possa considerarsi frutto della cosa in usufrutto. Ciò varrebbe anche nella restituzione della dote e nel divieto di donazione tra coniugi. Anche da questa angolatura, emerge per il Sokolowski la tenuta di una concezione naturalistica, contro una nozione di frutto come utilità economica condizionata dal rapporto soggettivo tra uomo e suo patrimonio: tutto è al contrario costruito sul rapporto tra ciò che dalla cosa-madre cresce e da essa sia separabile come bene autonomo, e la sua integrità.

[51] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 447 ss.
[52] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 454.
[53] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 465 ss.
[54] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 473 ss.
[55] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 481 ss.

8. *Il contributo della romanistica italiana della prima metà del secolo: Perozzi, Segrè e Bonfante*

Il Perozzi definisce la cosa fruttifera come la «cosa che ne produce per forze naturali, con o senza il sussidio dell'attività umana, altre, chiamate "frutti" che se ne possono staccare lasciando quella integra»[56]. Mentre qualifica come *loco fructuum* il «prodotto costante e periodico» come i materiali estratti da cave, il «reddito economico costante e periodico» come la selvaggina, le opere dei servi e i «redditi che si percepiscono in virtù di un atto giuridico per cui si concede l'uso di una cosa ad altri, come sono gli interessi di un capitale mutuato, le mercedi per la locazione di fondi, di navi, di giumenti. Gli interpreti designano questi redditi col nome di "frutti civili"»[57].

È importante notare come la stringente logica del discorso del Perozzi e il ricorso ad una categoria unitaria di cose considerate come *loco fructuum*, attraverso la commistione tra concessione d'uso e reddito di capitale, condiziona necessariamente la costruzione della tesi proposta sacrificando in parte il dato testuale che emerge da D.50,16,121 e D.50,16,77, accentuando il modello di Ulpiano (D.22,1,34).

Il pericolo non era sfuggito al Bonfante[58], il quale esclude si possa isolare un significato naturalistico di frutto, come parte di cosa ed un suo significato economico-sociale come reddito. Egli, seguito dallo Scialoja[59], considera frutti le parti staccate della cosa che negli usi sociali si considerano il reddito della medesima. Si tocca così la questione centrale: la contraddizione tra categoria utilizzata per l'analisi storico-dogmatica (frutto come reddito del capitale) e la sua constatata «relatività» storica (nozione giuridica maturata nel diritto privato borghese nel sistema giuridico romanistico). Il Bonfante è consapevole di questa contraddizione, definendo i frutti civili nel senso di «rendite in danaro, che dà l'impiego di un capitale»[60], ma ricordando come proprio D.50,16,121 indichi una netta separazione nel pensiero giuridico romano tra i frutti naturali e i redditi o frutti civili[61].

[56] S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma (1925²), I, p. 589.
[57] S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*² cit., I, p. 589-590.
[58] *Corso di diritto romano II. La proprietà 1,* ristampa corretta della I edizione del 1926 a cura di G. Bonfante-G. Crifò, Milano (1966), pp. 183 ss.
[59] *La teoria della proprietà nel diritto romano,* Roma (1928), pp. 93 ss.
[60] P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit. II. 1, p. 189.
[61] P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit. II. 1, p. 191.

Anche per il Segrè[62], al fine di ricostruire il concetto romano di frutto, è da sciogliere il nodo tra nozione naturalistica ed economico sociale.

Non sarebbe utile la distinzione tra frutto come «parte di cosa» e frutto come «reddito», in quanto «ciò che accomuna il concetto di frutto in un'unità gli è appunto il momento economico sociale proprio ad entrambe le categorie»[63]. Soltanto le fonti sarebbero in grado di sciogliere questi dubbi, ed in particolare quelle relative a ciò che l'usufruttuario acquista in virtù del suo *ius (utendi) fruendi*. Innanzitutto i «prodotti organici che si ottengono dalla cosa senza lesione della sua integrità o della sua sostanza»; eccezioni sarebbero a questo riguardo il parto della schiava, che non è considerato frutto, o le *operae* degli schiavi che non possono considerarsi prodotti organici, o la legna tagliata periodicamente dal bosco ceduo, o i materiali estratti dalle cave e miniere, che non possono considerarsi prodotti organici o se lo sono non salvaguardano la sostanza della cosa-madre[64].

Tra i frutti naturali (nel senso di «parti di cose staccate che ne costituiscono il reddito normale, siano o no produzioni organiche di queste») e i cd. civili, vi sarebbe una zona intermedia, rappresentata da «quei redditi che si ottengono da elementi che non si staccano dalla *res frugifera*, ma pure hanno un rapporto diretto con questa» come ad es. la selvaggina catturata in un fondo destinato alla caccia. Questi redditi non godrebbero però del regime giuridico dei prodotti organici per quanto riguarda il loro acquisto o il vizio di furtività nell'usucapione[65].

I frutti civili sarebbero, infine, «le rendite che dà l'impiego di un capitale; *mercedes* di locazioni di cose, noli di navi, interessi di mutuo o *ex mora*, interessi corrispettivi dell'uso o godimento di una cosa ecc.»[66].

In questo caso, per il Segrè, frutto equivale a reddito nel senso strettamente economico. Il vocabolo avrebbe un «significato latissimo e quasi (...) metaforico». Sua migliore espressione si troverebbe nel passo papinianeo D.6,1,62 pr. (*vectura, sicut usura non natura pervenit sed iure percipitur*). Le fonti però tramanderebbero anche una nozione più rigorosa, che esclude si tratti di frutti, qualificandoli come *pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum optinent, in fructu*

[62] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, Torino (1928), pp. 133 ss.
[63] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., p. 134.
[64] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., pp. 135-140.
[65] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., p. 141.
[66] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., p. 141.

numeranda sunt. Da questa prospettiva, potrebbe cogliersi una comunanza di regime giuridico che non include una necessaria comunanza del nome[67].

9. *L'approfondimento della relatività del concetto in relazione agli usi socio-economici: Biondi, Grosso e Pugliese*

Un tentativo di costruzione storica della nozione di frutto nel diritto romano è presente nel commentario sui beni del Biondi al codice civile italiano del 1942[68]. Egli parte da una precisazione concettuale legata al rapporto tra utilità e frutto: «qualunque cosa è suscettibile di recare utilità all'uomo conformemente alla sua natura ed alla sua destinazione. Ma non ogni utilità è frutto. Abitare in una casa, passeggiare in un giardino, indossare un abito o consumare alimenti importano utilità, ma non sono frutti della cosa»[69]. Come conseguenza il Biondi rivendica l'importanza della nozione giuridica di frutto, che storicamente avrebbe avuto costruzioni diverse. Su una prima nozione plasmata sulla produzione naturale, si sarebbe innestata la considerazione dell'elemento economico: «se il proprietario o chi ha diritto ai frutti ritiene di ricavare maggiori utilità raccogliendo il fiore anziché il frutto od il frutto immaturo..., tutto ciò rientra nel frutto»[70]. Questa considerazione dell'elemento economico non significa, però, la irrilevanza della produzione naturale e delle riproduzione periodica.

Da questa concezione prenderebbe corpo una nozione di *fructus* come *reditus*, nel senso di «quello che ritorna», concetto antitetico a «distruzione»[71].

La scienza romanistica acquisisce la consapevolezza della «relatività» del concetto di frutto, come elaborazione tecnica dei giuristi attenta agli usi socio-economici. In questa prospettiva, nelle diverse epoche sarà possibile individuare concezioni diverse di cosa sia frutto di un'altra cosa. A riguardo sono fondamentali le pagine dedicate alla nozione giuridica di

[67] G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., pp. 141-144.
[68] B. Biondi, *I beni*, in *Trattato Vassalli* IV. 1, Torino (1953), pp. 133 ss.
[69] B. Biondi, *I beni* cit., p. 133.
[70] B. Biondi, *I beni* cit., p. 135.
[71] B. Biondi, *I beni* cit., p. 137.

frutto sia dal Grosso[72] che dal Pugliese[73]. Si tratta, infatti, di riflessioni importanti in materia, che metodologicamente esprimono meglio questa consapevolezza.

Il Grosso approfondisce la nozione di frutto in rapporto alla spettanza dei frutti all'usufruttuario. È l'espressione massima del pieno godimento di un non proprietario sulla cosa altrui, sebbene essa non esaurisca l'àmbito dei suoi acquisti. In particolare «possono rientrare nel godimento appropriazioni e acquisti che non si possono far rientrare nel *fructus*»[74]. Per il Grosso è appunto «in rapporto all'usufrutto che i Romani hanno svolto la teoria dei *fructus*, ed esteso il concetto in modo da abbracciare ogni reddito della cosa»[75]. A questo riguardo sarebbe possibile cogliere il nucleo distintivo della nozione nelle «parti staccate di una cosa che negli usi sociali si considerano come il reddito di essa», e già questa sarebbe un'estensione, in quanto oltre ai prodotti organici vi rientrano quei redditi che non sono prodotti della cosa-madre, e talvolta possono non salvaguardarne la *substantia*, come i materiali estratti dalle cave e miniere. L'estensione del concetto visibile in materia di usufrutto determinerebbe, per il Grosso, anche il superamento della nozione di parte staccata dalla cosa, «per limitarsi al concetto che ne costituisca il reddito: e si dice che sono *loco fructuum*: la selvaggina presa in un fondo destinato alla caccia, e la pesca da un luogo ad essa adibito; le opere dei servi; i redditi che si lucrano da una cosa, per mezzo di un rapporto giuridico (interessi di un capitale; pigioni: cfr. D.22,1,36)» (p. 134).

Questa concezione fonderebbe la distinzione operata dai moderni interpreti tra le due categorie di frutti naturali e frutti civili, determinate nei loro nuclei, ma senza un chiaro limite di esse.

C'è un momento critico, in Grosso, tra coerenza del discorso svolto e conclusioni che se ne traggono anche per la nozione romana di frutto. In particolare, il richiamo agli interessi del capitale, insieme alle pigioni (per le quali, invece, si richiama il *pro fructibus* di Ulpiano in D.22,1,36), come espressione di redditi *loco fructuum*.

Una linea di continuità può riconoscersi nel discorso che Pugliese fa sulla nozione di frutto sempre in relazione al diritto ai frutti dell'usufruttuario

[72] G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino (1958²), pp. 132 ss.; cfr. altresì Id., *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino (1941), pp. 394 ss.

[73] G. Pugliese, *Usufrutto uso abitazione*, in *Trattato Vassalli* IV, 5 (1956 ristampa riveduta e corretta), pp. 286 ss.

[74] G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 133 n. 1.

[75] G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 134.

nel diritto civile attuale. Il concetto di frutto non sarebbe un concetto naturalistico, né tantomeno esclusivamente economico[76]. La «nozione di frutto ha bensì natura economica, ma si fonda su ciò che la coscienza sociale in un determinato momento storico e in un certo ambiente produttivo considera frutto di un dato bene». E in ciò che Pugliese coglie l'elemento soggettivo della nozione. Non si tratterebbe, come vuole il Petražycki, «di una valutazione meramente soggettiva, variabile da uomo a uomo, da usufruttuario a usufruttuario, bensì di una valutazione sociale compiuta in un dato momento storico in rapporto alle condizioni e alle concezioni economiche del tempo e ormai cristallizzata. Qui si ritrova un elemento obbiettivo: alla mancanza di un criterio naturalistico o rigorosamente economico sopperisce l'opinione della generalità degli uomini influenzata dalle circostanze ambientali, fenomeno codesto frequente nel campo del diritto e anche in quello dell'economia»[77].

È essenziale a riguardo l'esplicitazione fatta dal Pugliese della «valutazione sociale in un dato momento storico», che permette di cogliere, nella molteplicità dei significati di frutto presenti nel nostro sistema giuridico, l'impronta di «una stratificazione storica».

A riguardo, entro la prospettiva propria del lavoro affrontato, il Pugliese non disconosce la presenza di elementi comuni delle varie nozioni di frutto, le quali incarnano una analogia più o meno approssimativa con la nozione naturalistica di frutto. Così si considera frutto tutto ciò: che appare prodotto dalla cosa, per natura o grazie all'opera dell'uomo, anche quando quest'ultima sia solo figurata e non reale, come nei frutti civili; in base ad un rapporto di derivazione che permetta un prevedibile (e non occasionale, né fortuito) ripetersi del fenomeno produttivo; in cui non si incorpori parte del valore capitale, requisito questo che troverebbe nel limite della *salva rerum substantia* in materia di usufrutto il suo fondamento[78]. Quest'ultimo requisito non sarebbe però inteso in senso rigoroso, ma al contrario avrebbe diverse gradazioni a seconda di come la coscienza sociale considera tali prodotti: così per i materiali estratti da cave e miniere, dove si incorpora in modo macroscopico una parte della cosa capitale; così i canoni percepiti dagli edifici in usufrutto, i quali sono soggetti ad una certa usura col tempo, ma che non comporta una diminuzione del reddito che spetta all'usufruttuario nella

[76] *Usufrutto* cit., pp. 286-287.

[77] G. Pugliese, *Usufrutto* cit., pp. 287-288.

[78] G. Pugliese, *Usufrutto* cit., p. 289.

misura lorda, sebbene in questi casi vi sia comunque l'obbligo di restituire la cosa in usufrutto nella stessa condizione originaria; infine i redditi al netto percepiti da una cosa, ad es. dal gregge[79].

È questo della natura relativa della nozione giuridica di frutto un dato acquisito con le precisazioni del Grosso e del Pugliese.

10. *Le sintesi del Bretone, dello Scarlata Fazio e del Kaser*

Nel decennio tra '61 e '71 vengono pubblicate tre importanti sintesi del concetto romano di frutto.

Le prime due del Bretone e dello Scarlata Fazio, in veste di voci enciclopediche, l'ultima del Kaser nello *Handbuch der Altertumswissenschaft* nella parte dedicata alla storia del diritto dell'antichità.

L'agile voce del Bretone del 1961[80] parte dalla constatazione di una antinomia nella nozione di frutto che caratterizzerebbe il concetto nella giurisprudenza romana come nella elaborazione moderna. Questa antinomia sarebbe determinata da due criteri contrastanti: quello naturalistico e quello economico-sociale. Per il primo sarebbero frutti «le parti che per necessità naturale si staccano dalla cosa produttiva senza alterarne la sostanza»; per il criterio economico-sociale, sarebbero frutti soltanto le «parti della cosa produttiva che secondo la sua destinazione economico-sociale ne costituiscono il reddito», ed in un senso più ampio anche quei proventi della cosa, che non possono dirsi parti di essa; o che, presentandosi come parti, incidono però sulla stessa.

Quindi sono considerati frutti i prodotti agricoli di un fondo. Ma già riguardo ad essi, si nota una estensione del punto di partenza naturalistico attraverso una «determinazione ampiamente economica». Anche i prodotti degli animali sono frutti, ma non il *partus ancillae*.

Proprio questa estensione, realizzata «in via analogica», permette di inglobare nei frutti le parti staccate di una cosa che «non sono il risultato di una generazione organica ma pure ne costituiscono il reddito», come ad es. i materiali estratti da cave e miniere o la legna tagliata dai boschi cedui. A riguardo assumerebbe una funzione paradigmatica la definizione di Giuliano ricordata in Paolo D.50,16,77.

[79] G. Pugliese, *Usufrutto* cit., pp. 290-292.
[80] *Frutti. Diritto romano*, in NNDI, VII (1961), pp. 665-666.

Infine, il Bretone accentua l'«ampio valore semantico» della parola che condiziona la sua estensione fino a ricomprendere «il reddito in genere che si trae da una cosa o da un complesso patrimoniale». Ad es. la selvaggina catturata in un fondo destinato economicamente alla caccia o le *operae servorum*.

In relazione alla moderna categoria dei frutti civili, il Bretone ritiene che nelle fonti si considerino frutti anche le mercedi locative e gli interessi. Per essi però egli ricorda anche la qualifica a suo modo più corretta di questi redditi come *loco fructuum*, registrando l'antinomia esistente nelle fonti[81]. Sempre in questa accezione lata si dovrebbero intendere frutti anche l'«interesse del titolare di un diritto al suo pacifico esercizio o la possibilità di dare in pegno la cosa». Il Bretone rimane quindi coerente allo stato della dottrina e ne coglie allo stesso tempo le contraddizioni, senza tentarne, coerentemente al genere di contributo richiesto, una ricostruzione storica più articolata.

La voce dello Scarlata Fazio segue invece una via diversa[82]. L'A., pur mantenendo un ordine di trattazione legato al tipo di prodotto o al tipo di reddito che si trae dalle cose (frutti della terra; frutti degli animali; frutti dell'uomo; cd. frutti civili), ne tenta una rilettura in chiave storico-evoluzionistica. Si sarebbe passati dai prodotti naturali necessari per i bisogni alimentari dell'uomo, coerentemente ad una azzardata etimologia di *fruor* da *frumo* che l'A. mutua dalle fonti antiche, ma esclusa dalla moderna filologia, a prodotti che vengono a soddisfare bisogni umani più complessi del semplice nutrimento[83]. È in questo passaggio che lo Scarlata Fazio vede la maturazione di un concetto di frutto strettamente economico.

Al di lá delle semplificazioni e delle sbavature presenti nella ricostruzione dello Scarlata Fazio, essa propone uno sviluppo lineare del concetto nella storia del diritto romano, cosa che nei limiti delle fonti analizzate dall'A. non può considerarsi dimostrata.

Una insoddisfazione dello stato della dottrina è espressa dal Kaser[84], il quale nel paragrafo dedicato alla nozione giuridica di frutto stigmatizza

[81] M. Bretone, *Frutti* cit., p. 666 e n. 24-25.
[82] *Frutti (dir. rom.)*, in ED. XVIII (1969), pp. 189-198.
[83] M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., pp. 189-190.
[84] M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München (1971²), I, p. 384 e n. 22; vd. già Id., *Partus ancillae*, in ZSS. 75 (1958) R. A., p. 159 n. 20; vd. altresì A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli (1997¹¹), p. 350 n. 27.4.

l'assenza di nuovi contributi in materia. Egli quindi, come già il Bretone, registra l'esistenza di frutti in senso naturale, come cose che possono trarsi da un'altra cosa grazie al suo sfruttamento, e frutti che comprendono i redditi percepibili dalla cosa attraverso la sua locazione (sebbene più correttamente talvolta le fonti qualifichino questi redditi come *loco fructuum*), o altre utilità, come quelle tratte dall'esercizio di una servitù prediale. I romani però avrebbero escluso dalla categoria gli interessi dei capitali, citando D.50,16,121.

11. *L'opportunità di un riesame delle fonti teso a valorizzare le costruzioni dogmatiche della* iurisprudentia

Nei decenni successivi si assiste ad una ulteriore diminuzione di lavori monografici sul tema[85], tendenza verso la quale questo contributo vuole rea-

[85] Dal punto di vista di opere monografiche si può ricordare solo W. BOJARSKI, *Pozytki naturalne w prawie rzymskim* [I frutti naturali nel diritto romano], Torun (1979) p. 190; su cui vedi A. POLAČEK, in ZSS. 98 (1981) R. A., pp. 522 ss.; M. KRASON, in SDHI. 50 (1984), pp. 536 ss.; F. BENEDEK, *Eigentumserwerb an Früchten im römischen Recht*, Pecs (1979), che pur trattando dell'acquisto dei frutti, si sofferma anche su questioni di carattere generale; vd. altresì ID., *Fruchterwerb des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers im römischen Recht*, in *Estudios Iglesias* I (1988), pp. 79 ss., in particolare pp. 80-84. Utile anche L. ALIFFI, Fructus *nel lessico giuridico: specificazione e semantizzazione contestuale*, in *Atti del II Seminario Internazionale di studi sui lessici tecnici greci e latini (Messina 14-16 dicembre 1995)*, a cura di P. RADICI COLACE, Napoli (1997), pp. 245-258, dove l'Autrice, attenta a verificare il momento di «acquisizione di una propria autonomia tecnica» del termine (p. 246), individua un *iter* evolutivo che passa attraverso tre diverse fasi di sviluppo. In una prima fase, quella «del significato originario della parola ed in base alle origini stesse del concetto», sarebbero frutti quelli «prodotti da una cosa che vive nella e per la terra, in virtù della propria forza organica. La qualità che li contraddistingue, in questa fase in cui il concetto naturalistico e quello economico corrispondono, è la produzione naturale periodica». Su di essa, proprio grazie alla riflessione giuridica, si realizza un'«estensione», diretta ad includere nel termine «ogni prodotto organico o inorganico, vegetale o animale che presente nel *fundus*, per la sua destinazione economica, ne costituisce il 'reddito'» (p. 247). A questa fase andrebbe imputata la questione posta dal «'frutto dell'uomo', nei termini sempre di *fructus pro reditu*» (p. 248). La terza fase, infine, sarebbe «caratterizzata dall'inclusione tra i frutti di quei redditi in denaro che si ricavano da una cosa o da un diritto in forza di un rapporto giuridico» (p. 248). Dall'angolatura del contributo, quindi, la storia di *fructus* nel lessico giuridico è una storia di estensione semantica, alla quale l'A. dà un contributo originale, attraverso la verifica dei modi grazie ai quali «la lingua registra l'assimilazione dei nuovi concetti legati al sostantivo». Proprio la rilevata importanza del processo semantico che coinvolge *fructus* nel lessico giuridico, conferma la necessità di una analisi puntuale, e quanto più possibile stratificata, del contributo della *iurisprudentia*, verifica che soltanto all'interno dei metodi propri di essa può

gire, in quanto essa non può dirsi la conseguenza di un appagamento, dato che gli studi dello scorso secolo sul tema non soddisfano in pieno una ricerca storicamente orientata del pensiero giuridico romano.

chiarire questa estensione semantica. Ho ricevuto, quando ancora il lavoro era in corso di stampa, il contributo dello ZUCCOTTI, Fruges fructusque *(Nota esegetica a D. 50,16,77). Per uno studio sulle origini della nozione di «frutto»*, in Antecessori oblata. *Studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, p. 118, in corso di pubblicazione, che cito richiamando il paragrafo e le pagine della copia del preestratto a me inviata dall'A., che ringrazio. Si tratta in realtà di un vero e proprio contributo monografico sul tema, che nel corso della mia trattazione valuto in relazione alle tematiche interessate. In questa parte introduttiva va però sottolineata la diversità di taglio metodologico che caratterizza la ricerca dello Zuccotti, taglio che condiziona la costruzione dell'A. Il contributo, come chiarisce il titolo, vuole portare luce all'origine del concetto romano di frutto attraverso la prospettiva della nozione di *fruges*. Come si vedrà, da questo punto di vista, lo Zuccotti apre interessanti prospettive e chiarisce il ruolo e l'importanza della definizione concettuale delle *fruges* nell'interpretazione giuridica, dalle XII Tavole a Giustiniano. L'A. sceglie come significativa chiave interpretativa di questa ricostruzione D. 50,16,77 (su cui vd. *infra* pp. 219 ss.). Tale scelta, al di là delle singole conclusioni e delle ipotesi proposte, che verranno esaminate e vagliate nel corso della mia trattazione, mi sembra indovinata. Ed è significativo che i due lavori giungano, in relazione alle *fruges*, a risultati simili, sebbene aventi due approcci metodologicamente diversi. Qualche dubbio si può nutrire, invece, per quanto riguarda alcune deduzioni che lo Zuccotti fa anche rispetto alla nozione di *fructus*. A questo riguardo, al di là dei rilievi specifici che mano a mano riterrò di fare nel contesto esegetico, non mi sembra adeguato il disegno ricostruttivo che su un piano storico lo Zuccotti ricava dai risultati raggiunti riguardo le *fruges*. Dal punto di vista del metodo, ad es., le perplessità avanzate sul ricorrere di *fructus* nel testo decemvirale (*tab.* 12,3) (vd. *op. ult. cit.*, § 35 pp. 103-105 n. 274; § 37 pp. 110-111), appaiono non essere fondate su una valutazione adeguata delle eventuali ragioni che potevano rendere necessario, in età decemvirale, il ricorso al *fructus rei*, e non a *fruges, glans* o *baca*, nella disposizione sulla *vindicia falsa* (vd. sul punto *infra* pp. 49-50). Da questo punto di vista, proprio la ben rilevata «impostazione tecnicistica» che accompagnerebbe fin dalle XII Tavole la nozione di *frux*, nel senso di « "messi" (*frumentum* e *legumina*)», se da un lato chiarisce bene le ragioni del ricorso a questo termine quando si tratti di dare «una positiva tutela sacrale e criminale del patrimonio agricolo» (*op. ult. cit.*, § 37, p. 109), d'altro lato dimostra la sua inadeguatezza quando si tratti di indicare ogni prodotto naturale dei possibili oggetti (fondi, bestiame, schiavi) di *legis actio sacramento in rem*, come in *tab.* 12,3. Dubbi mi sembra si possano avanzare anche rispetto ad un'ulteriore deduzione dello Zuccotti relativa alla nascita dell'usufrutto, coerentemente alla supposta tarda tecnicizzazione del termine *fructus* in rapporto al concetto romano di «frutto». Qui mi sembra che la forzatura rispetto alla deduzione sia più evidente, in quanto la dottrina offre un quadro dai contorni meno sfumati della fattispecie regolata in *tab.* 12,3. Non mi sembra che le fonti confermino la originaria indipendenza del contenuto dell'usufrutto (determinato in termini di spettanza di alcunché all'usufruttuario) dalla delimitazione di ciò che si considera frutto della cosa. Al contrario, inizialmente, è proprio la nozione di frutto della cosa il momento chiave contenutistico del diritto d'usufrutto (vd. *infra* pp. 77 ss.), e che ne caratterizza la stessa denominazione. La prospettiva della *vetus quaestio* lo conferma (Cic. *De fin.* 1,4,12: *an partus ancillae sitne in fructu habendus*; rispetto all'ulpianeo *an partus ad fructuarium pertineret*, la motivazione della *sententia Bruti* recita *neque enim in fructu hominis homo esse potest*; sul punto vd. *infra* pp. 82 ss.). D'altronde, una

Due sono i punti acquisiti che ritengo metodologicamente preziosi.

Da un lato, la consapevolezza, sempre più manifesta nella scienza romanistica degli ultimi quarant'anni, che il concetto di frutto sia condizionato dalla forma economica di produzione e dalla coscienza sociale. È un elemento importante che integra l'intuizione del Petražycki sulla sua «relatività» soggettiva. Esso, peraltro, non coinvolge soltanto il termine *fructus*, ma necessariamente anche *reditus*, dato che da un certo momento in poi la nozione romana di frutto contiene ogni reddito derivante dalla cosa.

D'altro lato l'ampiezza di significato del segno latino *fructus*, conseguenza della sua derivazione da *frui*.

Entrambi questi elementi vanno tenuti presenti nell'esame degli istituti giuridici coinvolti (usufrutto, restituzione processuale, restituzione della dote ecc.), entro i quali l'interpretazione della giurisprudenza romana vaglia la tenuta del concetto, ne comporta ampliamenti e delimitazioni[86].

tecnicizzazione di *fructus* è presupposta dal formulario contrattuale contenuto in Cat. *De agri cult.* 150, sulla vendita del frutto delle pecore (lana, latte, nuovi nati). Tali perplessità, che peraltro toccano deduzioni di cornice della ricostruzione dello Zuccotti, non coinvolgono, al contrario, la tesi centrale dell'A., quella cioè relativa alla nozione tecnica di *fruges*. Essa mantiene una sua coerenza - e questo è senz'altro significativo - anche ipotizzando una risalente tecnicizzazione della nozione di *fructus*, la quale ultima, a differenza appunto di *fruges*, *glans* e *baca*, si presta, già in età decemvirale, a contenere altre forme di prodotto naturale oltre a quelle che tali termini indicano, e ad ampliare nella *interpretatio* alle XII Tavole il suo significato, fino a diventare il termine di riferimento del concetto romano di «frutto».

[86] Ciò mi sembra in sintonia con quanto di recente L. Aliffi, Fructus *nel lessico giuridico* cit., dalla angolatura della «storia della parola», ha rilevato: il latino giuridico risolverebbe «l'iniziale mancanza di specificità attraverso un complesso processo di semantizzazione contestuale mediata da ricorrenti associazioni nominali e verbali» permettendo a *fructus* «di esprimere, pur nella varietà dei referenti, la sua funzione connotativa e tecnica» (p. 249). Tali associazioni nominali, aggettivali e verbali vengono quindi elencate in base al tipo di associazione (attributiva, sinonimica, oppositiva) o in base al tipo di problema giuridico che coinvolge la categoria (raccolta e conservazione dei frutti, possesso, stima, guadagno, perdita) (pp. 249-257). In conclusione, per l'A. non sarebbe «possibile ricondurre *fructus* ad un concetto unitario e che, anzi, per comprenderne la molteplicità dei valori interni, mediati.... proprio dall'assenza di specificazione, non si può prescindere dalla storia dell'evoluzione semantica del termine e dalla sua contestualizzazione» (p. 258). Questa «storia dell'evoluzione semantica del termine e della sua contestualizzazione» passa, a mio modo di vedere, inevitabilmente per le nozioni e le concezioni ad esse sottese che i giuristi romani - quali principali protagonisti della formazione e dell'adeguamento nel tempo del lessico giuridico - hanno, mano a mano, espresso, tenendo in debito conto vuoi delle varie forme di produzione che storicamente si sono via via succedute, vuoi della necessaria contestualizzazione giuridica dell'uso che loro fanno del termine entro gli istituti coinvolti (restituzione processuale, usufrutto, restituzione della dote, possesso, disposizioni testamentarie ecc. ecc.).

CAPITOLO I

LEGGE DELLE XII TAVOLE E *INTERPRETATIO* PONTIFICALE: L'ORIGINARIA CONCEZIONE «NATURALISTICA» DI FRUTTO COME COSA NUOVA CHE NASCE DALLA COSA-MADRE

SOMMARIO: 1. I segni e i limiti del campo semantico relativo al prodotto naturale in età decemvirale. 2. Derivazione di *fructus* da *frui*. 3. Nozione di *fructus* nella *lex XII tabularum* nel senso di ogni prodotto naturale della terra e del bestiame. Fissazione del *frui* nel contenuto del *meum esse*: A. La testimonianza di Festo nella quale si ricorda la disposizione decemvirale; B. Il precetto decemvirale (*tab.* 12,3): illiceità dell'appropriazione dei frutti della cosa controversa nelle more del processo da parte del possessore interinale che sia risultato soccombente; C. Importanza dell'uso di *fructus* al singolare in *tab.* 12,3 in quanto unico termine idoneo a significare ogni prodotto naturale della terra e del bestiame: *fructus* e originaria concezione naturalistica; D. Estensione al *fructus rei* del *meum esse* sulla cosa come principio innovatore del *ius Quiritium* e suo adeguamento nella Legge delle XII Tavole all'ipotesi dei frutti percepiti dal possessore interinale durante il processo. 4. *Fructus* nella *interpretatio* pontificale alle XII Tavole: A. Resistenza della concezione naturalistica di frutto nella *l.a. sacr. in rem* e suo superamento soltanto nell'àmbito della rivendica con *formula petitoria*; B. La giustapposizione alle *fruges* dei *fructus* nell'*interpretatio* alla Legge delle XII Tavole ed importanza dell'endiadi *fruges fructusque*; C. *Glans* come *omnis fructus ex arbore* nella *interpretatio* alla Legge delle XII Tavole. 5. Conclusioni: indizi della esistenza predecemvirale di una nozione naturalistica di frutto che affonda le sue origini nel *frui* della terra e del bestiame della *gens* e della terra pubblica. Nuova prospettiva innestata dal *meum esse* e sua rilevanza per la fattispecie regolata in *tab.*12,3. Affinamento nella interpretazione alle XII tavole della nozione di *fructus*, che ne importa la verifica in relazione ad altri prodotti naturali, con l'evidenziazione di una loro attrazione.

1. *I segni e i limiti del campo semantico relativo al prodotto naturale in età decemvirale*

Il *Thesaurus linguae Latinae* dà come ricorrenze più antiche del termine *fructus* quelle della Legge delle XII Tavole (8, 8a e 12, 3)[1]. Il *Th.* riconosce peraltro la sovrapposizione, nella prima ricorrenza citata (*tab.*

[1] *Th. l. L.* VI, 1 (1971), col. 1374, 79-80.

8, 8a), di *fructus* al più antico *fruges* in base al confronto tra Seneca e Plinio[2].

Per i *testimonia* classici, quindi, oltre a *fructus* in *tab.* 12, 3, la Legge delle XII Tavole conteneva anche i termini di *seges* (*tab.* 8, 8b ... *NEVE ALIENAM SEGETEM PELLEXERIS*)[3], nel senso di campo seminato o di messi da raccogliere; come detto, di *fruges* (*tab.* 8, 8a: *QUI FRUGES EXCANTASSIT*), nel senso di frutti della terra coltivata (cereali, legumi); e di *glans* (*tab.* 8, 7), nel senso di frutta secca d'albero. A questi si deve aggiungere *baca* che ricorre in *formulae* sacrali contenute in leggi arcaiche insieme a *fruges* (Cic., *De leg.* II, 19: *certasque fruges certasque bacas sacerdotes publice libanto*). Ogni termine ha un proprio significato rispetto a specifici prodotti naturali della terra e degli alberi.

Questa ampia gamma di parole è coerente con le testimonianze letterarie ed archeologiche sulle condizioni economiche di Roma arcaica. Se la pastorizia è la fonte primaria di sostentamento delle comunità che si stanziano sui colli di Roma[4], si accompagna ad essa la coltura di cereali minori, come il farro, il miglio, il panico, e di legumi, come fave e piselli[5]. La frutta d'albero - salvo il

[2] *Th. l. L.* VI, 1 (1971), col. 1381, 75.

[3] Serv. *in Verg. Ecl.* 8, 99: *Atque satas alio vidi traducere messes. Magicis quibusdam artibus hoc fiebat, unde est in XII tab.* : '... '.

[4] P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Romae (1959), pp. 114 ss.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze (1979), pp. 1 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, 1, Napoli (1999[2]), pp. 141 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma, s.d., pp. 1 ss.; ID., in AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano (1989), pp. 3 ss.; ed ora V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana I. Fase ascensionale*, Napoli (1995), pp. 43 ss.

[5] Contro un'eccessiva mitizzazione della sola pastorizia reagisce V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 43-44. Il rito di fondazione di Roma è realizzato con l'aratro, che dimostra la presenza della coltura agricola a fianco alla caccia, all'allevamento nomade e alla raccolta. Sull'antichità di questo strumento agricolo nelle comunità italiche ed in generale sulla produzione agricola nell'età arcaica vd. F. DE MARTINO, *Produzione di cereali in Roma nell'età arcaica*, in *Par. Pass.* XXXIV (1979), pp. 241 ss. [= *Diritto economia e società nel mondo romano, III. Economia e società*, in *Antiqua* 74, Napoli (1997), pp. 101 ss.]; ID., *Ancora sulla produzione di cereali in Roma antica*, in *Par. Pass.* XXXIX (1984), pp. 241 ss. [= *Diritto economia e società* cit., III, pp. 117 ss]. Sulle tecniche arative vd. altresì le diverse fasi ricostruite da J. KOLENDO, *L'agricoltura nell'Italia romana*, Roma (1980), pp. 57 ss. Le stesse *Tabulae Iguvinae*, all'interno di formule sacrificali *ad portas*, per la *lustratio* della città, contengono la sequenza *nerf asmo, viro pequo, castruo frif* (lat. *principes sacerdotes, homines pecudes, capita fruges*): *Tabulae Iguvinae*, ed. I. DEVOTO, Romae (1940[2]), pp. 107 VI a 30, 32, 41, 42, pp. 118-119 *interpretatio*, dove anche i collegamenti con la cultura romana: Tib. II, 1, 1 ss. : *fruges lustramus et agros ritus ut a prisco traditus exstat avo*; Cat. *De agri cult.* 141: *[in agris lustrandis] uti sies volens propitius mihi domo familiaeque nostrae... uti tu fruges frumenta vineta virgultaque grandire beneque evenire*

ficus[6] - sarebbe, invece, circoscritta in origine alle *arbores glandiferae*, quindi alla frutta secca, almeno fino al VI sec. a. C., sì da giustificare la rilevanza originaria di *glans* rispetto a *pomum*.

Dall'angolatura delle forme di sostentamento, la comunità, al tempo della fondazione dell'*Urbs* (VIII sec. a. C.) conosce oltre la selvaggina catturata, il prodotto naturale del bestiame (latte, lana, carne) e quello derivante dalla raccolta dei frutti spontaneamente nati dalla terra e dagli alberi (*baca*, *glans*), fonti alimentari tipiche di comunità nomadi, anche il frutto derivante dalla coltura agricola (*fruges*), proprio invece di comunità stanziali[7].

In relazione al prodotto naturale del bestiame, invece, sembra essere assente un segno unitario, fatta salva la necessaria verifica rispetto a *fructus*.

Si deve quindi presupporre l'affinamento in età predecemvirale di termini distinti interagenti in un medesimo campo semantico, coerentemente ai prodotti naturali di sostentamento propri delle comunità laziali che fondano Roma. È, invece, tutta da chiarire la dinamica posta in essere dall'interrelazione fra essi nel coprire analoghi significati. Nelle fonti, infatti, emergono come interni alla *interpretatio* alla Legge delle XII Tavole svolgimenti interpretativi che coinvolgono *fruges* e *glans*, termini presenti sicuramente nel testo decemvirale, in relazione a *fructus*. Ciò condiziona la neces-

sinas pastores pecuaque salva servassis. Il BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I. Economia, parentela e società*, Torino (1976), p. 225 preferisce rendere *castruo frif* con *castra fructus*. Ciò che comunque è altamente significativo è la funzione autonoma rispetto alla terra e fondante la comunità che viene a riconoscersi al prodotto agricolo. Anche le fonti archeologiche sono a riguardo chiare; vd. ad es. la bellissima figura dell'aratore con bue del Cinerario bronzeo dalla tomba 22 della necropoli dell'Olmo Bello di Bisenzio, risalente all'VIII sec. a. C. (Roma, Museo Nazionale di Valle Giulia) e la scena di aratura contenuta nella complessa figurazione plastica, disposta sugli assi trasversali di sostegno del Carrello della tomba 2 della stessa necropoli (*ibidem*); cfr. a riguardo M. MENICHETTI, *Le aristocrazie tirreniche: aspetti iconografici*, in *Storia di Roma I. Roma in Italia*, dir. da A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE, Torino (1988), pp. 75 ss., in particolare p. 89 e 90.

[6] Vd. a riguardo P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit., pp. 119-120; F. DE MARTINO, *Storia economica* cit., I, pp. 5-7; V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana* cit., pp. 64-65, vd. *infra* prossimo §.

[7] Per una sintetica ma efficace ricostruzione del rapporto tra forma di produzione arcaica delle comunità che fondano il comune e strutture sociali, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli (1995[5]), pp. 266-268 (economia fondata sulla raccolta e ruolo della donna); pp. 268-270 (allevamento e mutamento dei rapporti di produzione e appartenenza, mutamento che coinvolge anche la terra; processo di accumulazione e privatizzazione della ricchezza).

sità di chiarire se la ricorrenza di *fructus* in *tab.* 12, 3 secondo la testimonianza di Festo, e non delle *fruges* o della *glans*, sia attendibile e abbia una sua precisa ragion d'essere in base al tipo di problematica giuridica regolata dalla disposizione.

2. *Derivazione di* fructus *da* frui

> Varro *De lingua Latina*
> V, 37: *Quod segetes ferunt, fruges, a fruendo fructus.*
> V, 104: *Fructus a ferundo, res eae quas fundo et eae quae in fundo ferunt ut fruamur. Hinc declinatae fruges et frumentum, sed ea e terra.*

Per Varrone nel *De lingua Latina, fructus* deriverebbe da *frui*, mentre *fruges* da *ferre* (su cui vd. *infra* pp. 67 ss.). Nel primo caso si evidenzia la stretta correlazione del termine col godimento dell'uomo, mentre nel secondo si accentua più il profilo oggettivo del processo naturale. La derivazione di *fructus* da *frui* sarebbe comunque la conseguenza di un collegamento anche per *fructus* tra ciò che la terra produce (*ferre*) e la sua idoneità a soddisfare il godimento (*frui*)[8]. Varrone indica, poi, la comune derivazione anche per le *fruges* e il *frumentum*, ma coglie una differenza nella circostanza che quest'ultimi prodotti derivano esclusivamente dalla terra. Si tratta di una precisazione significativa, dato che sappiamo che *fructus* indica, oltre al prodotto naturale della terra, anche il prodotto naturale degli animali (Isid., *Orig.* 17, 6: *Fructus proprie dicuntur agrorum et arborum, quibus utimur; in animalibus vero abusive et translative vocamus fructum*), estensione già attestata nel *de agri cultura* catoniano rispetto al formulario di vendita del *fructus ovium* (C. 150).

La moderna filologia è concorde nel ritenere la parola collegata a *frui*[9]. *Quid fructum* e poi *fructus*: sia nel senso di 'condotta del fruire', sia in quello di 'cosa' acquisita col fruire[10].

[8] Come ha ben chiarito L. ALIFFI, Fructus *nel lessico giuridico* cit., pp. 245-246, questa ambiguità sarebbe un'«ambiguità apparente». Varrone non commette, cioè, «un banale errore di valutazione», ma al contrario si tratta di un «naturale equilibrio tra i due brani», fondato su «un criterio logico di causa-effetto in cui la *ratio* naturalistica di *fructus* come prodotto del *fundus* e quella economica che identifica nel termine un oggetto preciso di godimento per il soddisfacimento di un bisogno, trovano una perfetta rispondenza».

[9] *Totius latinitatis lexicon opera et studio Aegidii Forcellini,* ed. Prati 1865, pp. 149-150; p. 155; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris (1959[4]), p. 256; A. WALDE - J. B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg (1938[3]), I, pp. 552-553.

[10] M. LEUMANN, *Lateinische Laut- und Formenlehre*, I, München 1926-1928[5] [rist. 1977], p. 354.

Bisogna, allora, accertare se la ricorrenza della parola nella Legge delle XII Tavole 12, 3[11] sia affidabile, e se essa assuma un preciso significato in relazione alla fattispecie regolata.

È cosa nota, infatti, che le parti della *lex XII tabularum* tramandate tutte indirettamente, attraverso citazioni di giuristi, grammatici, retori ecc., fanno riferimento ad un testo ammodernato dal punto di vista delle parole ivi utilizzate[12]. La registrazione del rotacismo, che la tradizione riporta ad Appio Claudio, va di pari passo con la pubblicazione (304 a. C.) da parte dello *scriba* di quest'ultimo, Gneo Flavio, delle *actiones legis,* patrimonio esclusivo dell' *interpretatio* del *collegium* dei *pontifices*. Il problema delle *interpunctiones,* cioè della divisione ortografica delle parole scritte, è elemento concorrente a questi mutamenti che coinvolgono le parole e la loro scrittura nel corso del IV sec. a. C.[13].

BACHERLER, *Fructus*, in *Thes. l. Latinae* VI, 1 fasc. II (1971), 'De actione fruendi' coll. 1375-1378; 'De rebus, quibus aliquis fruatur' coll. 1378 ss.

[11] Affermazione ricorrente nelle monografie dell'ottocento sul 'frutto', sebbene essa non venga poi approfondita dal punto di vista storico-giuridico con la stessa intensità del *partus ancillae*; vd. ad es. G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 1; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, p. 248 (che pensa ad un significato di «Naturalproducte»); H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 211. Meno attenta al dato ed ai problemi che esso pone la dottrina del Novecento: cfr. ad es. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., pp. 222-223; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 443 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., pp. 589-590; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 183 ss.; M. BRETONE, *Frutti* cit., pp. 665-666; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., pp. 189 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 384.

[12] La lingua delle XII Tavole, sebbene con ciò si faccia riferimento al testo latino fissatosi nei *Tripertita* di S. Elio, ha suscitato l'interesse di giuristi e linguisti; cfr. ad es., oltre le precisazioni di M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, Leipzig (1883; rist. Aalen 1966), pp. 82 ss.; A. BERGER, *Tabulae duodecim*, in PWRE. (Zweite Reihe) IV A2 (1932), coll. 1900 ss., in particolare coll. 1939-1941; J. GUILLEN, *El latin de las XII Tablas*, in *Helmantica. Revista de filologia clásica y hebrea*, 18 (1967), pp. 341-401; 19 (1968), pp. 43-111 (dove non si prende in esame né *fructus* né *fruges*); 193-246; 20 (1969), pp. 67-103 (dove si tratta della *vindicia*); e più di recente, F. SBORDONE, *Per la sintassi delle XII Tavole*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* I (1964), pp. 334 ss.; G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den* leges XII tabularum, in *Sein und Werden. Festg. Von Lübtow (70. G.)* , Berlin (1970), pp. 223 ss.; G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW I, 2 (1972), pp. 115 ss.; in particolare pp. 132 ss.; S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Società e diritto dell'epoca decemvirale. Atti Copanello 1984*, Napoli (1988), pp. 45 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München (1988), pp. 290-295.

[13] Cfr. ora per un rapido ed efficace quadro del problema, P. POCCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in *Atti del Convegno internazionale "Il latino del diritto" (Perugia 1992)*, Roma (1994), pp. 3-37, in particolare pp. 12 ss. Sull'impossibilità di ricostruire il «testo originario delle XII Tavole» e sulla necessità di concentrarsi sul testo di esse come fissato nei *Tripertita* di Sesto Elio, vd. le precisazioni di A. GUARINO, *Una Palingenesi delle XII Tavole*, in *Index* 19

Nei *Tripertita* eliani, il testo della *lex* poneva problemi di modifica delle *litterae* e problemi di *interpunctiones verborum*. Le *legis actiones* ponevano, altresì, il problema dell'esplicazione delle sigle e delle abbreviazioni degli antichi formulari pontificali relativi al processo civile romano e delle quali possediamo un repertorio significativo attraverso i *libri iuris notarum* di Valerio Probo[14].

3. *Nozione di fructus nella* lex XII tabularum *nel senso di ogni prodotto naturale della terra e del bestiame. Fissazione del* frui *nel contenuto del* meum esse

A. *La testimonianza di Festo nella quale si ricorda la disposizione decemvirale*

La glossa di Festo appartiene alle cd. primè parti dell'opera, nelle quali Verrio Flacco avrebbe operato una risistemazione in ordine alfabetico del materiale raccolto[15]:

> Fest., *De verb. sign.* (Lindsay, 516, 24 ss.)
> *'Vindiciae' appellantur res eae, de quibus controversia est; quod potius dicitur*

(1991), pp. 225 ss.; ID., *L'enigma di fondo*, in *Index* 23 (1995), pp. 377 ss., da leggersi insieme a quanto dice L. AMIRANTE, *Un'ipotesi di lavoro: le "sequenze" e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index* 20 (1992), pp. 209-210 n. 1.

[14] Relative alle *legis actiones* (FIRA II², 4.1-10, p. 456): ATMDO (*aio te mihi dare oportere*); QNTSQP (*quando negas, te sacramento quingenario provoco*); QNQANQN (*quando neque ais neque negas*); EIMCV (*ex iure manum consertum vocavit*); SNSQ (*si negat sacramento quaerito*); SSCSDETV (*secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam*); QIITCPAFA (*quando in iure te conspicio postulo anne far auctor*); TPRIAVPVD (*te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*); IDTSP (*in diem tertium sive perendinum*); ALA (*arbitrium liti aestimandae*). Sulle *notae iuris* vd. ora N. GIOVÈ MARCHIOLI, *Alle origini delle abbreviature latine*, Messina (1993), pp. 91 ss.

[15] Per questo tipo di problemi vd. ad es. C. O. MÜLLER, *Praefatio* in *Festi de verborum significatione quae supersunt*, Lipsiae (1880), pp. XVI ss.; W. M. LINDSAY, *Praefatio*, in *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsiae (1913), pp. III ss.; R. REITZENSTEIN, *Verrianische Forschungen*, Breslau (1887) (rist. Hildesheim 1966), pp. 41 ss.; e ora F. BONA, *Contributi allo studio della composizione del* 'de verborum significatu' *di Verrio Flacco*, Milano (1964), pp. 1 ss., 11 ss., 35 ss. dove altra letteratura; ID., *Alla ricerca del* 'de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione' *di C. Elio Gallo*, in BIDR. XC (1987), pp. 119 ss.; ID., *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole: gli* auctores *di Verrio Flacco*, in *Index* 20 (1992), pp. 211 ss.; A. GRANDAZZI, *Les mots et les choses: la composition du* De verborum significatu *de* V. Flaccus, in REL. LXIX (1991), pp. 101-123.

> *vis*[16]*, quam fit, inter eos qui contendunt. Cato in ea, quam scribsit L. Furio de aqua: "... s praetores secundum populum vindicias dicunt". ... et Lucilius: "nemo hic vindicias neque sacra ... men veretur". De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant". At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur... XII: "... ".*

La prima parte esprime la scelta che, probabilmente, già Verrio Flacco aveva fatto dei possibili significati del termine *vindiciae*, essendosi peraltro documentato su varie fonti (Catone il censore, Lucilio, Cincio il grammatico e Servio Sulpicio Rufo).

Dapprima si afferma che le *vindiciae* sono le cose sulle quali vi è controversia. La frase successiva, se scegliamo *vis,* assume, oltre che l'espressione di un'immagine metaforica dello scontro processuale (*vim dicere*), rispetto allo scontro con le armi (*vim facere*), il valore di una proposta etimologica (*vindicia*, *vim dicere*)[17].

[16] Il manoscritto del Poliziano, che riporta con acribia gli spazi delle parti illegibili del manoscritto copiato, segna qui un'alternativa tra *vis* e *ius*. Qualche autore ha supposto *lis*. La scelta di *vis dicitur* trova, però, un collegamento in Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XX, 10, 1 ss. Per spiegare il senso dell'espressione «*ex iure manum consertum*» che Gellio aveva rinvenuta in un verso di Ennio, dopo la consultazione di *libri* di un anonimo giurista, egli afferma di aver trovato in questi *commentarii* il senso di *manum conserere*. Il richiamo di Ennio, legato all'antica *legis actio sacramento in rem*, voleva accentuare una contrapposizione tra rivendicazioni di terre fatte *vera vi atque solida* (non quindi secondo la regola dell'*ex iure manum consertum*) e *vi civile et festucaria* (secondo il rito delle *legis actiones*). L'esercizio della *vis civilis et festucaria*, in sostanza, realizzerebbe una *vis* espressa a parole (*verbo dicere*) e non una vera e propria *vis, quae manu fieret*. La scelta di *ius* condurrebbe ad un analogo significato («affermare il proprio diritto»), ma si perderebbe l'etimologia *vindicia - vim dicere*. L'opzione *lis*, infine, sembra introdurre nel discorso un tautologico chiarimento del significato di *vindiciae*, nel senso di *res de quibus controversia est*, come *lis*. Tenendo conto, poi, della maggiore arcaicità di *vindicia* in questo significato rispetto a *lis*, sembra più probabile il *vis*. Per *vis* optano ad es. A. BECHMANN, *Studie im Gebiete der* legis actio sacramento in rem, in *Festschr. Windscheid* (1889), p. 31; H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le* sacramentum in rem, in *St. Bonfante* (1930), III, p. 89 n. 17; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3*, estratto da AUPA. XXX (1967), p. 7 e p. 7-8 n. 3; G. RADKE, *Sprachlichen historischen Beobachtungen* cit., pp. 223 ss., in particolare pp. 231-232; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle* legis actiones, Palermo (1987), p. 74 e p. 93 n. 300; M. MARRONE, *Rivendicazione (dir. rom.)*, in ED. XLI (1989), p. 4 n. 16, 5 n. 21; AA. VV., *Roman Statutes*, ed. by M. H. CRAWFORD, London (1996), II, *Lex XII Tab.* [(M. Humbert)-M. H. Crawford-A. D. E. Lewis], pp. 555-721; in particolare p. 718. Per *lis* M. VOIGT, *Die XII Tafeln* cit., II, p. 49 n. 30; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz (1956² mit Nachträge), p. 77; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma (1955), p. 135 n. 14. Per *ius* vd. l'edizione del LINDSAY, p. 516, 26; ed ora F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli (1993), pp. 148 ss.; D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt (1994), p. 202.

[17] Cfr. n. precedente.

Vediamo gli *auctores:* la prima fonte è Catone il Censore, nell'orazione *De aqua* a favore di L. Furio. Essa, pur se lacunosa, richiama la regola rispettata dai pretori e formatasi nella prassi della *l. a. sacramento in rem*, di *vindicias dicere secundum populum* nelle controversie col *populus Romanus*. Catone richiama, qui, un significato di *vindiciae* sorto nell'àmbito dell'assegnazione del possesso interinale ad una delle parti dal magistrato durante la fase *in iure* della *l. a. sacramento in rem*.

La seconda fonte, Lucilio, a sua volta lacunosa, sembrerebbe meno precisa. Ci si lamenta del costume maturato a Roma di non rispettare le *vindiciae*, i *sacra* e, secondo la comune integrazione della lacuna (Marx), la divinità (*numen*). Se, però, si accettasse l'integrazione -paleograficamente debole- proposta dallo Huschke (e seguita dal Mariotti) "*nemo hic vindicias neque sacra[m]en(ta) veretur*", allora si potrebbe cogliere un più diretto collegamento con la *l. a. sacramento in rem*.

La terza fonte alla quale si attinge è, probabilmente, il *De priscis verbis* di Cincio il grammatico[18], il quale ricorda un ulteriore significato del termine. Le *vindiciae* erano dette anticamente quelle porzioni del fondo controverso che prese dalle parti processuali, venivano portate di fronte al magistrato. Si tratta dei simboli che, per le cose immobili o difficilmente trasportabili, rappresentavano *in iure* la cosa controversa. Si esercitava l'azione sulla *pars rei*, fingendo che si trattasse di *tota res* (Gai. IV, 17; cfr. anche Aul. Gell., *Noctes Atticae*, XX, 10, 8 ss.).

Infine, con un'avversativa (*at*), si richiama l'ultima fonte di Verrio Flacco, Servio Sulpicio Rufo[19]. Il giurista repubblicano ritiene che il vero significato della parola derivasse dal singolare di essa, *vindicia,* nel senso di cosa sulla quale vi è una controversia, *ab eo quod vindicatur*, da ciò che è oggetto di *vindicari*. Quest'ultimo inciso sembra un tentativo infelice di spiegare etimologicamente l'espressione: *vindicia* da *vindicari* e non il contrario, come è invece orientata la moderna filologia. *Vindicia*, per Servio Sulpicio Rufo, è la *res* su cui le parti esercitano il loro *vindicari*, una volta quindi che su di essa si sia esercitata la duplice imposizione della *vindicta*. Solo da questo

[18] Così F. Bona, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole: gli* auctores *di Verrio Flacco* cit., p. 221-222 e nn. 81 e 82. Nei *Grammaticae Romanae fragmenta*, (editio stereotypa editionis 1907), 1969, il Funaioli, invece, inserisce la citazione di Cincio su '*vindiciae*' nei *fragmenta incerta*, p. 381.

[19] Sull'uso di Servio Sulpicio Rufo nell'opera di Verrio Flacco, ed in particolare sulle glosse serviane concernenti le XII Tavole, vd. ora F. Bona, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole* cit., pp. 219-221.

momento la cosa cessa di essere una normale *res* per diventare una *res de qua controversia est,* cioè una *vindicia* nel significato più antico[20]. Lettura questa confermata dallo stesso Aulo Gellio, *Noct. Att.*, XX, 10, 7, dove si dice: «*Nam de qua <re> disceptator in iure <in re> praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est vindicia*».

A questo punto, dopo una lacuna, si corrobora quest'ultimo significato richiamando la *lex XII tabularum*.

Prima di soffermare la nostra attenzione sul testo decemvirale citato, voglio trarre alcune conclusioni dal discorso svolto dagli *auctores* e dalla sua coerenza ai fini del *De verborum significatu* di Festo.

Prima parte: definizione di *vindiciae* come cose oggetto di controversia processuale. Etimologia: *vim dicere*.

Seconda parte: fonti dalle quali si vuole trarre conferma della definizione data. Catone, Cincio il grammatico, e forse Lucilio, permettono il collegamento con il *lege agere sacramento in rem*. Servio Sulpicio Rufo parla esplicitamente di *vindicare*.

In questo àmbito si coglie, però, una certa differenza di significati della parola *vindiciae*: le cose oggetto di controversia assegnate dal pretore ad una delle parti per la durata del processo (Catone) (*vindicias dicere*); le *partes rei* che, per i beni immobili o di difficile trasporto in tribunale, erano assunte dalle parti come simbolo della cosa controversa da portare di fronte al magistrato (Cincio); la stessa cosa controversa, oggetto di rivendica (Servio Sulpicio Rufo)[21].

[20] M. Voigt, *Die XII Tafeln* cit., II, p. 49.

[21] A questi, che sembrano esaurire i possibili significati della parola, si aggiunge quello ricordato da Gaio di *vindiciae* come *fructus* in Gai. IV, 16 e Gai. IV, 94 riguardo ai *praedes litis et vindiciarum* dati nella *l. a. sacramento in rem*. La contemporanea presenza di *vindicia* e *fructus* nel precetto decemvirale per indicare due entità diverse assicura, però, la posteriorità di questo significato. Così l'opinione dominante: cfr. ad es. H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris (1960), pp. 177-178; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., p. 48; C. Gioffredi, *Vindiciae,* in NNDI. XX (1975), p. 831; G. Nicosia, *Il processo privato romano II. La regolamentazione decemvirale*, Torino (1986, ristampa prima ed. Catania 1984), p. 223 n. 262; B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., p. 77; M. Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 5 n. 21. Essa matura in un'epoca successiva agli *auctores* di Verrio Flacco e ricordati nell'epitome di Festo. Come è stato affermato, essa sarebbe legata ad un processo interpretativo che qualificando il momento della assegnazione del possesso interinale nella *l. a. sacramento in rem* come una lite nella lite, cioè una *lis vindiciarum* (Ps. Asconius *Ad Cic. in Verr.* 2, 114: *Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re, cuius apud praetorem incertum est quis debeat esse possessor; et ideo, qui eam tenet, dat pro praede litis et vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum,*

L'opzione di Festo, di seguire il significato della parola tramandato da Servio, va approfondita. Perché Festo o, cosa molto probabile già Verrio Flacco, ritengono che quello sia il significato più attendibile della parola?

Essa è chiaramente di derivazione processuale, termine tecnico dell'antico *lege agere*. La scelta del significato ricordato da Servio potrebbe essere stata dettata dalla sua maggiore *auctoritas* in materia rispetto a Lucilio e Cincio, sebbene quest'ultimo dimostri a sua volta di aver attinto ad una *interpretatio* maturata sugli sviluppi post-decemvirali della *l. a. sacramento in rem* (*vindiciae* nel rito dell'*ex iure manum consertum*; Aul. Gell., *Noct. Att.*, XX, 10, 8)[22]. Per il significato dato da Catone il censore (*vindicias dicere*), la maggior *auctoritas* di questi rispetto ad istituti antichi non farebbe prevalere il significato ricordato da Servio.

Ritengo che proprio la citazione della *lex XII tabularum* da parte di Servio Sulpicio Rufo abbia maturato in Flacco prima ed in Festo poi la convinzione a condividere il significato da questi ricordato e non gli altri[23]. Così facen-

de qua iurgium esset, rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certare pugnam aut aestimationis, quid admittat, in sua sit hereditas, de qua contendit. Praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem duriorem facit, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat; vd., a riguardo, H. LÉVY-BRUHL, *op. ult. cit.*, pp. 175 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le* legis actiones *Corso 1961-62*, Roma, pp. 295-298), avrebbe poi sovrapposto a questa qualifica le eventuali conseguenze della condanna del possessore interinale per la mancata restituzione della *res* e dei *fructus rei*, di cui si dava garanzia attraverso i *praedes litis et vindiciarum* prima e la *cautio pro praede litis et vindiciarum* poi nell'*agere per sponsionem*. H. LÉVY-BRUHL, *op. ult. cit.*, p. 177; cfr. altresì le considerazioni di B. ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 77. Anche il BEHRENDS, *Das Vindikationsmodell als "grundrechtliches" System der ältesten römischen Siedlungsorganisation*, in Libertas. *Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposion 80. G. Wieacker*, hrsg. O. BEHRENDS-M. DIESSELHORST, Ebelsbach (1991), pp. 1 ss., ritiene che il plurale *vindiciae* «sich... in bezug auf die Folgen durchzusetzen begann, ..., insbesondere in bezug auf die herausgebenden Früchte» (p. 24).

[22] Cfr. su questo rito «*institutum... contra duodecim tabulas*» dalla *interpretatio* pontificale, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., pp. 112 ss.; M. STASZKÓW, Vim dicere *im altrömische Prozeß*, in ZSS. 80 (1963) R. A., pp. 83 ss., in particolare pp. 103 ss.; R. SANTORO, *Manu(m) conserere*, in AUPA. XXXII (1971), pp. 513 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., I, pp. 108-122; II, pp. 220-221; A. GUARINO, *Manum conserere*, in ANA. 34 (1985), pp. 65 ss. [=ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli (1994), pp. 106 ss.]; J. G. WOLF, *Zur* legis actio sacramento in rem, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposion 75. G. Wieacker*, Ebelsbach (1985), pp. 6-9; B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., pp. 79 ss.; M. KASER, *Zur* legis actio sacramento in rem, in *Estudios d'Ors*, (1987), II, pp. 674 ss. [= in ZSS. 104 (1987) R. A., pp. 53 ss.]; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 3.

[23] Dà come possibile questa eventualità il SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., p. 8 n. 8 e p. 11 n. 19.

do, in sostanza, si reintroduceva nuovamente il significato più antico di *vindicia* nel senso di cosa sulla quale si controverte, senza per questo perdere gli sviluppi semantici della parola nel corso del tempo, attraverso le citazioni di Catone, di Lucilio e di Cincio.

Se si tiene conto dell'interesse dimostrato da Servio Sulpicio Rufo per la *lex XII tabularum*[24], ritengo importante chiarire le possibili fonti a cui egli avrebbe attinto.

In base alle nostre conoscenze, i commentari al testo decemvirale nei quali Servio poteva approfondire il significato della parola ed il testo stesso erano o i *Tripertita* di Sesto Elio Peto o il commento di L. Acilio[25].

D'altronde, lo stesso Cincio il grammatico, contemporaneo di Servio Sulpicio Rufo[26], era ricorso ad una *interpretatio* legata all'*ex iure manum consertum*, cioè ad un istituto che si era sviluppato dopo le XII Tavole attraverso l'interpretazione pontificale sul *certa verba agere*. Per ricorrere ad essa il grammatico doveva avere consultato dei commentari nei quali, oltre al testo decemvirale, fossero contenute anche *interpretationes* su di esso e sulle *legis actiones*[27]. A quanto sappiamo tra i due commentari di Sesto Elio e di L. Acilio, solo i *Tripertita* soddisfacevano in pieno a queste caratteristiche (Pomp. *l. s. ench.* D. 1, 2, 2, 38).

[24] L'interesse di Servio Sulpicio Rufo al testo della *lex XII tabularum* è indubbio; a riguardo F. BONA, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole* cit., pp. 214, 216-217, 219-221; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., pp. 137 ss.; ID., *Servio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio, Atti S. Marino Gennaio 1993*, a cura di D. MANTOVANI, Torino (1996), pp. 29 ss.

[25] Cfr. a riguardo Cic., *De leg.* 2, 23, 59; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli (1978), pp. 53 ss.; ID., *Questioni decemvirali* cit., pp. 117 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., pp. 536-538; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari-Roma (1989³), pp. 56-57; 60; ID., *Sesto Elio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici* cit., pp. 17 ss.; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino (1997), pp. 152-154.

[26] Forse da identificare con il procuratore di Attico, diverse volte nominato nell'epistolario ciceroniano, cfr. U. FUNAIOLI, *Grammaticae Romanae fragmenta* cit., pp. 371-372.

[27] Sul significato e la portata della *interpretatio* alle XII Tavole vd. ad es. G. G. ARCHI, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in ZSS. 87 (1970) R. A., pp. 1 ss., in particolare pp. 15-17 e pp. 17-18 n. 20; F. SERRAO, *Interpretazione della legge (dir. rom.)*, in ED. XXII (1972), pp. 242-243; O. BEHRENDS, *Die* fraus legis, Göttingen (1982), pp. 79 ss.; A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in BIDR. 91 (1988), in particolare pp. 186-190; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*³ cit., pp. 112 ss.

Per quanto riguarda Servio, invece, non possiamo dire con certezza se l'opera alla quale aveva fatto ricorso fossero proprio i *Tripertita*. Si può, però, verosimilmente pensare ad essa, in quanto opera fondamentale, *cunabula iuris* per la giurisprudenza successiva, nei quali si era non solo fissato il testo ammodernato della *lex XII tabularum*, ma altresì legato questo testo con l'*interpretatio* accumulata su di esso nei secoli precedenti.

B. *Il precetto decemvirale* (tab. 12. 3): *illiceità dell'appropriazione dei frutti dalla cosa controversa nelle more del processo da parte del possessore interinale che sia risultato soccombente*

SI·VINDICIAM·FALSAM·TULIT·SI·VELIT·IS
<PRÆ>TOR·ARBITROS·TRIS·DATO·EORUM·ARBITRIO
<REI> FRUCTUS·DUPLIONE·DAMNUM·DECIDETO.

Tenuto conto di quanto finora detto, ritengo altamente probabile che il testo della legge citato da Servio Sulpicio Rufo sia quello consolidatosi all'inizio del III sec. a. C., come gli arcaismi di *tris, duplio* e *decideto* farebbero pensare.

Vindicia è la cosa controversa: più tecnicamente è la *res* materiale su cui le parti di una *l. a. sacramento in rem* hanno già imposto reciprocamente la *vindicta*. Il *falsa*, quindi, al di là del suo effettivo significato, su cui mi soffermerò fra poco, attiene ad essa nel suo significato tecnico, e non ad un momento precedente a quello in cui la *res* diventa appunto *vindicia*. Altrimenti l'uso di *vindicia* nel precetto decemvirale non sarebbe adeguato ad indicare la fattispecie[28].

[28] L'ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., pp. 97-98, pensa ad un «atto del litigante che, di fronte all'iniziativa d'un altro soggetto che intendeva affermare il proprio potere su un determinato oggetto mobile, portava maliziosamente in tribunale - per lo svolgimento del *lege agere sacramento in rem* -, non già la cosa cui si riferiva l'avversario, ma un'altra dello stesso genere (si pensi... [a]i capi di bestiame)» (p. 98), ipotizzando in nota che il *falsa* potesse coprire anche ipotesi di «falsificazione del contrassegno» (p. 98 n. 333); vd. in questo senso, già, G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 228 ss. Questa interpretazione mi sembra contraddetta: sia dal fatto che sia un onere dell'attore curare che venga portata davanti al magistrato la cosa giusta; sia dal significato di *vindicia* come *qua de re controversia est, ab eo quod vindicatur*, che va intesa come cosa su cui si controverte, da ciò che è oggetto di *vindicari*. Non una semplice cosa portata *in iure* sarebbe quindi *vindicia*, ma solo quella sulla quale si sia già esercitata la reciproca *vindicatio* delle parti; sia dalla formalità rituale della *vindicatio in loco et in re praesenti* davanti alle parti e al *praetor*, che se una funzione aveva, era proprio quella di dare una volta per tutte come accertata *in iure* la cosa oggetto di *vindicatio* (cfr. Aul. Gell., *Noct. Att.* XX, 10, 7). La valutazione del *falsa* aveva come parametro questo momento d'accertamento e non altro.

Come è stato riconosciuto dagli interpreti, *tulit,* sia come perfetto di *fero* che come eventuale forma arcaica del perfetto di *tollo*, può esprimere vuoi un "portare a" (*adferre*), vuoi un "portare (via) da", un "ottenere" (*auferre; tollere*).

Escluso che la condotta possa avere ad oggetto la cosa prima che questa diventi *vindicia* in senso tecnico[29], il *tulit* può riferirsi all'ottenimento del possesso interinale da parte del soccombente (*auferre*) oppure alla restituzione della cosa controversa (vista dalla prospettiva del soccombente, possessore interinale di essa durante il processo [*adferre*] o vista dall'angolatura del vincitore della lite al quale la cosa viene restituita [*auferre*]).

Per una parte della dottrina il *falsa* atterrebbe alle condizioni nelle quali la cosa controversa viene restituita al vincitore della lite. Si tratterebbe di una cosa diversa da quella sulla quale le parti hanno esercitato il *vindicari* o di una cosa controversa alterata (perché diminuita nel suo valore)[30].

A mio avviso si deve escludere senza dubbio l'interpretazione del *vindiciam falsam tulit* nel senso di «mancata restituzione». Questo significato non è affatto adeguato all'espressione *vindicia falsa*, che presuppone, come già detto, una *res de qua controversia est* come oggetto del *tulit*.

Ma anche alla restituzione manchevole non si acconcia *tab.* 12, 3. A me sembra infatti che sia un errore di prospettiva collegare a questa disposizio-

[29] Vd. nt. precedente.

[30] Il BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz (1957), pp. 127 ss., accentuando la differenza sostanziale tra una *vindicia falsa* ed una *vindicia iniusta* (seguendo in questo l'ipotesi del BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII Tavole*, in AG. XLIV [1890], p. 387) afferma che si tratterebbe di «ein ganz bestimmtes Delikt, wenn nämlich die Streitsache im Laufe der Prozeßzeit '*falsa*' (*deperita deminuta*) geworden ist, wenn also die angebotene Restitution eine *vindicia falsa* betrifft» (p. 133). Il PUGLIESE, *Il processo privato romano* cit., I, pp. 439 ss., precisa che si tratterebbe di «un delitto commesso dal possessore interinale dopo la sentenza e relativo alla restituzione della cosa, in quanto egli, tentando di frodare il vincitore, gli avrebbe restituito una cosa diversa da quella ricevuta in possesso oppure anche (...) frutti in misura minore o di qualità diversa rispetto a quelli realmente percepiti durante il possesso interinale» (p. 441); un delitto nel quale «non era tanto l'atto di deteriorare..., quanto l'inganno consistente nel presentare come restituzione liberatoria quella di una cosa solo apparentemente uguale a quella ricevuta» (p. 441). Non prende posizione nella discussione M. P. PIAZZA, *La disciplina del falso nel diritto romano*, Padova (1991), pp. 56-70, accentuando invece alcuni risultati che in ogni caso ritiene indubitabili, e che porterebbero a vedere anche nella *falsa vindicia* «... la mutazione di una situazione di fatto in modo ed in senso contrastanti con la situazione affermata e riconosciuta come giuridicamente fondata» (p. 69). Ciò varrebbe sia nel caso in cui il *falsa* qualifica l'impossessamento interinale della cosa controversa, sia la cosa materiale mutata rispetto a quella ottenuta dal soccombente.

ne del secondo decemvirato sulla *vindicia falsa* le regole che sorreggono al tempo delle XII Tavole la mancata restituzione o la restituzione manchevole della *res de qua controversia est* da parte del soccombente. Esse devono ritenersi autonome e preesistenti a *tab.* 12, 3.

Il precetto decemvirale sulla *vindicia falsa* si applica indipendentemente dal destino della cosa controversa, anche quando il vincitore abbia ottenuto la cosa controversa[31] o quando essa sia andata distrutta durante il processo.

Questa lettura è coerente alla sanzione della *duplio fructus* di *tab.* 12, 3. In essa è sicuro soltanto il richiamo al *fructus* su cui si baserebbe la pena del *duplum*. L'integrazione della breve lacuna precedente, pur ammettendo *rei*, come io propendo a credere, non è detto che esprima il doppio della cosa e dei frutti. Essa infatti potrebbe stare ad indicare proprio il doppio del *fructus rei*[32].

Il destino della cosa controversa è cioè indipendente dalla disposizione decemvirale sulla *vindicia falsa*: vuoi che essa sia tornata nel patrimonio del vincitore della lite, vuoi che ciò non si sia verificato - per le più diverse ragioni -, *tab.* 12, 3 conserva una autonoma sfera di applicazione. Si tratta di evitare che la parte soccombente, la quale ha ottenuto dal magistrato la *possessio,* trattenga per sè eventuali frutti della cosa controversa di cui si è appropriato durante il processo.

Questo comportamento è considerato dai decemviri un atto illecito. Avallano questa interpretazione la pena nel doppio ed il *damnum decidere,* proprio anche del *furtum nec manifestum*[33].

[31] Vuoi perché la prenda personalmente dal soccombente in base alla sentenza, vuoi perché gli sia restituita; M. KASER, Vindicia falsa *und* fructus duplio, in *Iura* 13 (1962), p. 35.

[32] *Rei fructus.* È questa l'integrazione della lacuna di circa tre lettere prima di *fructus* che ha riscosso, ed a ragione, il massimo dei consensi nella letteratura più recente. Pensano però ad un asindeto R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 51 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 203-205; B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., p. 95, 99. Il KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 22 ss.; ID., *Typisierter* 'dolus' *im altrömischen Recht*, in BIDR. 65 (1962), pp. 94-96, in un primo momento ha pensato di inserire *reus* seguendo l'edizione Müller. Questa ipotesi è in contrasto, però, con l'anfibologia del termine *reus* nelle XII Tavole; Fest., *De verb sign.* s. v. *'Reus'*. Come rileva, però, lo stesso Maestro tedesco, *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgen,* in ZSS. 100 (1983) R. A., pp. 97-98, anche *rei fructus* si adatta alla sua ipotesi interpretativa, qui seguita. Il TONDO, *La semantica di* 'sacramentum' *nella sfera giudiziale*, in SDHI. 35 (1969), p. 273 segue invece l'edizione del Lindsay che propone l'integrazione *<tum>*, la quale anche è adeguata all'interpretazione qui seguita.

[33] *Lex XII tab.* 8, 16 ex Fest. *De verb. sign.* s. v. *Nec* [L. 158]; Gai. III, 90; Aul. Gell. *Noct. Att.* XI, 18, 15. L'analogia della sanzione con quella del *furtum nec manifestum* ha portato la dottrina ad approfondire gli elementi del *vindiciam falsam ferre* che potessero evocare l'idea del furto. Da

L'interpretazione che tende a collegare il delitto di *lex XII tab.* 12, 3 con i tipi di eventi garantiti dai *praedes litis et vindiciarum* nella *legis actio sacramento in rem* prima e dalla *cautio pro praede litis et vindiciarum* nell'*agere per sponsionem* poi, deve necessariamente presupporre una mancata o quantomeno manchevole restituzione della cosa controversa, venendo a forzarne l'originario àmbito di applicazione. I moderni interpreti tendono a sovrapporre, alla iniziale limitata portata della disposizione del secondo decemvirato, la disciplina unitaria che è il risultato, invece, dell'interpretazione pontificale successiva, la quale collega alla responsabilità dei *praedes* tutte le ipotesi, inizialmente distinte, di mancata restituzione dolosa o soltanto negligente ovvero fortuita, e di restituzione manchevole, nella quale viene ascritta anche l'ipotesi dell'illecita appropriazione dei frutti della cosa controversa nelle more processuali. Al contrario, invece, le regole giuridiche che in età predecemvirale tendono a risolvere il problema della mancata restituzione della cosa controversa, maturate nell'ambito della prassi predecemvirale dell'*agere sacramento in rem*, dovevano prevedere, coerentemente ad una controversia nella quale la cosa non venisse assegnata ad alcuna delle parti, che il vincitore della lite avesse il diretto potere di apprensione della cosa controversa[34]. Con l'introduzione di ipotesi di assegnazione della cosa controversa ad una delle parti, tale regola venne estesa a garantire un diretto potere di apprensione della cosa anche presso il soccombente. Il soccombente che si fosse opposto a questa forma di autotutela, sarebbe stato visto come un ladro, e quindi avrebbe subito la pena del *duplum*[35]. A questa ipotesi dovette ben presto affiancarsi, già in età predecemvirale, quella della distruzione intenzionale della cosa da parte del possessore interinale. Ciò mi sembra presupposto dalla pena del *duplum* del valore della cosa irrogata ex *tab.* 12, 4 per una particolare ipotesi di distruzione intenzionale (Gai. *l.*

un lato si è voluto interpretare il *tulit* nel senso della 'sottrazione' (*sustulit*) (così R. SANTORO, *XII Tab. 12. 3* cit., pp. 50-51) ed il *falsa* nel senso di un'assegnazione del possesso interinale estorta al pretore (così U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der* condemnatio pecuniaria, in ZSS. 68 [1951] R. A., pp. 331-332), così da individuare uno stretto legame tra i due illeciti. D'altro lato, all'interno dell'ipotesi della sanzione limitata alla *duplio fructus*, l'analogia col furto sarebbe fondata non su un'illecita appropriazione della cosa controversa, ma su un'illecita appropriazione del godimento della cosa, una particolare forma di *furtum usus*; M. KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 22 ss. Può anche pensarsi alla sottrazione dei frutti al *dominus* della cosa.

[34] M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 73 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 438.

[35] M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., p. 75.

VI ad XII tab. D. 44, 6, 3), qualora il possessore interinale dedichi alla divinità la *res de qua controversia est*, cioè la *vindicia* in senso più antico. Nell'eventualità, infine, che la cosa controversa fosse perita o fosse comunque stata seriamente danneggiata, senza un dolo del soccombente, senza quindi che fosse configurabile una sua diretta responsabilità personale a riguardo, soccorreva la responsabilità dei *praedes*[36]. In età postdecemvirale, l'*interpretatio* costruisce unitariamente, nell'àmbito di quest'ultima responsabilità, tutte le questioni attinenti alla restituzione del bene controverso, nelle quali si attrae, considerandola una sua particolare manifestazione, anche l'ipotesi dell'illecita appropriazione dei frutti della cosa controversa da parte del possessore interinale risultato soccombente. I garanti diventano così *praedes litis et vindiciarum,* condizionando l'ulteriore sviluppo nel senso gaiano di garanti della cosa e dei suoi frutti (Gai. IV, 16; ed in relazione alla *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* Gai. IV, 94)[37].

È perfettamente coerente all'età decemvirale, invece, la necessità di integrare le regole giuridiche consuetudinarie in relazione ad una fattispecie diversa, quella appunto dell'appropriazione dei frutti della *vindicia* (*tab.* 12, 3).

Il *si vindiciam falsam tulit* non descrive dunque l'illecito commesso, ma coglie il suo necessario presupposto. La *vindicia* è *falsa* perché essa è stata

[36] G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, p. 439.

[37] Al di là di CTh. 4, 18, 1 (su cui *infra* pp. 357 ss.), che recupera la *duplio fructus* nell'àmbito di una riforma delle rivendiche *extraordinariae,* deboli tracce della esistenza di una pena del doppio dei frutti per i *praedes* nell'*agere sacramento in rem* si deducono dal ricordo di una pena nel doppio dei frutti nella *cautio pro praede litis et vindiciarum* nel processo centumvirale di petizione d'eredità *per sponsionem* (PS. I, 13b, 8; V, 9, 1-2; su cui *infra* pp. 341 ss.; 343 ss.). Di recente si è proposta, sviluppando l'ipotesi del Dernburg, una ricostruzione della struttura dell'*agere ex interdicto* dell' *uti possidetis* come segmento di un complesso *iter* procedurale modellato sull'antico *agere sacramento in rem*; G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* Uti possidetis, in AUPA. XLIV (1996), pp. 288 ss. Si potrebbe così materializzare un nuovo indizio dello sviluppo interpretativo da me ipotizzato nel testo in relazione al *vindicias dicere,* attraverso la *fructus licitatio* ricordata da Gai. IV, 166-167. Nell'*agere ex interdicto* si conserva, infatti, la natura penale della *stipulatio fructuaria* prestata dal possessore precarista al quale non sia stata, però, riconosciuta la legittimità della *possessio* nell'*agere per sponsionem*. Egli non è tenuto, infatti, soltanto a restituire una somma uguale al valore dei frutti percepiti durante il possesso interinale (*summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum*), ma una somma maggiore a titolo di pena, in ragione del fatto che, per questo lasso di tempo, ha tenuto la *possessio aliena* e la facoltà di fruizione (*sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est*).

assegnata alla parte che, avendo torto, è risultata soccombente[38]. La disposizione, invece, vuole evitare che questi si arricchisca dei frutti della cosa per-

[38] È questa l'interpretazione dominante. Vd. ad es. J. Gothofredus *Fontes quattuor juris civilis in unum collecti: Legis XII Tabularum fragmenta, quae supersunt, ordini suo restituta,* in *Ottonis thesaurus juris Romani*, Trajecti ad Rhenum (1733), III, coll. 11 ss. e coll. 145 ss.; e più di recente G. I. Luzzatto, *Procedura civile romana II. Le* legis actiones, Bologna (1948), p. 115; U. von Lübtow, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 331 ss.; C. Gioffredi, *Diritto e processo* cit., pp. 138 ss.; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 48-51; S. Tondo, *La semantica di* 'sacramentum' cit., p. 277; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des* iudex *in der* legis actio, in *Gedächtnisschrift Kunkel,* (1984), pp. 391 ss., in particolare 431-432; J. Zlinszky, *Gedanken zur* legis actio sacramento in rem, in ZSS. 106 (1989) R. A., pp. 106 ss., pp. 123 ss.; K. Hackl, *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die* in iure cessio, in ZSS. 106 (1989) R. A., pp. 152 ss., in particolare pp. 158-159; Id., *Die Haftung der im dinglichen Sakramentsprozeß unterlegenen Partei*, in Vestigia iuris Romani, *Festschr. Wesener 60. G.,* (1992), pp. 147 ss., in particolare pp. 154-158; A. Magdelain, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in RIDA. 37 (1990), pp. 197 ss., in particolare pp. 232-233; Id., *De la royauté et du droit de* Romulus *à* Sabinus, Roma (1995), pp. 133-135; O. Behrends, *Das Vindikationsmodell* cit., in *Libertas* cit., p. 23; F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali* cit., p. 153. Si è sostenuto, contro tale ipotesi, l'inesistenza al tempo delle XII Tavole di un *vindicias dicere*; G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 218 ss.; segue il Nicosia su questo punto C. A. Cannata, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi Sanfilippo* IV (1983), pp. 162-163 n. 12. Gli argomenti portati a sostegno della tesi dal primo Autore non sono però sempre decisivi. In particolare, che il significato di *vindicias dicere* come assegnazione del possesso interinale sia posteriore a quello di *vindiciae* come simboli della cosa controversa da portare *in iure*, non esclude di per sé che al tempo delle XII Tavole vi fosse un'assegnazione della cosa controversa ad una delle parti per il tempo del processo, come dimostrerebbe il processo di Virginia (Liv. 3, 44, 11-12; Dio. Hal. 11, 30; Cic. *De rep.* 3, 32, 44) e soprattutto Pomp. D. 1, 2, 2, 24 dove si ricorda esplicitamente la regola del *vindicias dicere secundum libertatem* come un *vetus ius* 'trasfuso' da Appio Claudio il decemviro nelle XII Tavole (vd. A. Berger, *Tabulae duodecim* cit., col. 1915; sull'importanza dell'episodio rispetto al processo di libertà cfr. G. Franciosi, *Il processo di Virginia*, in *Labeo* 7 [1961], pp. 20 ss.; Id., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli [1961], pp. 205-206; J. G. Wolf, *Die* manumissio vindicta *und der Freiheitsprozess. Ein Rekonstruktionversuch*, in *Libertas* cit., pp. 61 ss., in particolare pp. 69-70 e 70 n. 43; in relazione al possesso interinale vd., altresì, le osservazioni di F. de Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della* res litigiosa *nel diritto romano,* Milano [1967], pp. 88 ss.; S. Tondo, *La semantica di* 'sacramentum' cit., p. 275; Id., *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della* manumissio vindicta, Milano [1967], pp. 43-44, pp. 58 ss.). In realtà, la necessità di negare l'esigenza di una tale assegnazione è condizionata dalla tesi sostenuta dal Nicosia, dell'inesistenza nell'età decemvirale di una bipartizione, pur solo «funzionale», del processo civile; cfr. per una critica, I. Buti, *Il* 'praetor' *e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli (1984), pp. 35 ss. e pp. 60 ss.; M. Talamanca, *Processo civile a) Diritto romano*, in ED. XXXVI (1987), pp. 22-24; M. Kaser. -K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München (1996[2]), pp. 44 ss.; vd. per l'epoca decemvirale quanto sostenuto già da R. Santoro, *XII tab. 12, 3* cit., p. 82. Sulla distinzione «bipartizione funzionale» (di fronte ad un solo sog-

cepiti nelle more processuali a danno di chi è risultato poi il vero *dominus*[39]. La sanzione del doppio dei frutti della cosa è adeguata a questo scopo, perché si tratta di una loro illecita sottrazione. La lacuna nel testo di Festo, che non si può ignorare, va quindi integrata come fa la maggior parte degli autori inserendo *<rei> fructus*, ma non come asindeto, quanto piuttosto nel senso più piano di «frutto della cosa»[40]. A mio avviso non si tratta, infatti, di una specificazione «pleonastica»[41], ma al contrario necessaria, data l'originaria 'estensione' semantica di *fructus*. Qui si intende qualsiasi frutto corporale che la parte soccombente ha comunque percepito dalla cosa, a prescindere dal destino della cosa-madre stessa (sia stata restituita o meno, sia andata distrutta, sia stata consacrata alla divinità).

Si comprende così anche il *si velit is*, che rimanda non più al soggetto sottinteso del *vindiciam falsam tulit* (la parte soccombente), ma al vincitore della lite[42], al quale è rimessa l'iniziativa del procedimento per la stima della

getto: *rex, decemviri stlitibus iudicandis, praetor maximus*), «bipartizione strutturale» (di fronte a due soggetti diversi: *praetor, iudex*), vd. M. Talamanca, *op. ult. cit.;* B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., pp. 22 ss.; pp. 130 ss. Cfr. altresì M. Kaser, *Zur* legis actio sacramento in rem cit., p. 65 n. 47. Il D'Ippolito, *op. ult. cit.*, pp. 153-157, pur riconoscendo la presenza magistratuale (*praetor maximus*), propone di integrare la lacuna con *is <q(ui) n(an)c(i)>tor*, cioè colui che risulta «danneggiato dalla *vindicia falsa* portata in giudizio» (p. 156). Dal punto di vista sostanziale questa soluzione coincide con quella da me proposta, in quanto la procedura arbitrale sarebbe condizionata all'iniziativa del vincitore della lite (per l'ipotesi del D'Ippolito, appunto, l'*is qui nancitor*); essa però o impone di considerare lo stesso vincitore della lite come soggetto dell' *arbitros dato*, cosa inverosimile, o necessariamente considera l'*arbitros tris dato* come frase autonoma con l'ellissi del soggetto (pretore o altri).

[39] Ipotesi particolarmente approfondita dal Kaser, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 72-73; Id., *'Vindicia falsa'* cit., pp. 22 ss.; Id., *Das römische Zivilprozeßrecht*, München (1966[1]), p. 73; sebbene il Maestro tedesco sia a riguardo più sfumato in, Id., *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit'* cit., pp. 97-98; Id., *Zur* legis actio sacramento in rem cit., in ZSS. 104 (1987) R. A., p. 65.

[40] Semmai, coerentemente alle modalità d'uso del latino decemvirale come ricostruito dagli editori moderni, per sancire la pena del doppio della cosa e dei suoi frutti, *tab.* 12, 3 avrebbe dovuto recitare *<rei> fructusque duplione damnum decideto*, cosa però non avallata dal testo di Festo.

[41] G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, p. 194 n. 215 (continua da p. 193).

[42] Il *si velit is* è stato variamento interpretato. Sarebbe il *praes* per G. Broggini, *Iudex arbiterve* cit., p. 131, 134 ss., ma in base ad un'integrazione della lacuna del testo decemvirale contraddetta dal dato paleografico; pensa al soccombente R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., 56 ss., che peraltro considera *qui vindiciam falsam tulit* il vincitore della lite: il pronome *is* eviterebbe la confusione col successivo *<prae>tor* «per cui si potrebbe pensare che sia piuttosto il pretore colui dalla cui iniziativa discende la possibilità di mettere in moto il procedimento arbitrale (*si velit praetor*)» (p. 57). Collegano il *si velit is* al vincitore della lite, invece, S. Tondo, *La semantica di*

duplio fructus. È il vincitore della lite che ha interesse ad attivare la procedura per la stima qualora abbia la certezza che il soccombente si sia arricchito nelle more processuali dei frutti della cosa.

Infine, il *damnum decidere*: nel senso più antico, lo «sciogliere il vincolo»[43], che evoca una responsabilità personale[44]. Il pretore, qualora il vincitore chieda la stima dei tre arbitri, scioglie il soccombente dalla sua responsabilità in caso paghi il doppio del valore dei frutti che ha illecitamente percepito durante il processo.

sacramentum cit., 275-276; A. Magdelain, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA. 27 (1980), 209; G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, 199. L'Albanese, *Il processo privato romano* cit., 95-96, infine, ipotizza un arcaico *stlitis praetor* corretto in un *si velit is*. Quest'ultima ipotesi eliminerebbe l'iniziativa della parte interessata al procedimento di stima dei frutti per la *duplio*, rendendolo così di automatica applicazione. Data la natura eventuale della percezione di frutti dalla cosa controversa non mi sembra che in questo modo il precetto decemvirale acquisti in chiarezza. D'altro canto, come giustamente ha notato il Santoro, proprio l'esplicitazione del soggetto del *velit* assume un preciso significato nel latino 'ellittico' delle XII Tavole. Non ritengo però che esso sia collegato alla vicinanza di *praetor*, quanto sia stato reso necessario per distinguere il soggetto sottinteso dal *si vindiciam falsam tulit* (nell'interpretazione qui seguita il convenuto soccombente) e quello al quale si rimette l'iniziativa del procedimento arbitrale (qui, il vincitore della lite).

[43] È questa la vecchia tesi del Th. Mommsen, *Römische Strafrecht*, Graz (1955 rist. anast. dell'ed. del 1899), p. 13 n. 1. Cfr. a riguardo la messa a punto, con citazione di fonti e bibliografia, del R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 69-75 n. 200; vd. anche B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., p. 99 e n. 337; A. Magdelain, *De la royauté et du droit* cit., p. 131; M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*[2] cit., p. 100. Il La Rosa, *La repressione del* furtum *in età arcaica*. Manus iniectio *e* duplione damnum decidere, Napoli (1990), pp. 7 ss., approfondendo nuovamente la questione, parla di «eliminare una soggezione» (p. 40). Questo spostamento dal vincolo alla soggezione, se vogliamo dal rapporto allo *status*, è probabilmente più coerente al modo di porsi la questione da parte degli antichi e non incide sull'interpretazione qui condivisa del soggetto che si intendeva liberare.

[44] Non si tratta, però, esclusivamente della responsabilità dei *praedes*, come è confermato da *tab.* 8, 16 sul *furtum nec manifestum*, per la quale l'integrazione relativa a *duplione damnum decidere* può ritenersi sicura data la persistenza della costruzione nella *formula* dell'*actio furti nec manifesti*. Che *tab.* 12, 3 si riferisca ai *praedes litis et vindiciarum* ipotizzano quegli autori che collegano necessariamente *tab.* 12, 3 con il regime giuridico di questi garanti: ad es. E. Betti, *Studi sulla* litis aestimatio *del processo civile romano*, Pavia (1915), pp. 7 ss.; G. I. Luzzatto, *Procedura civile romana* cit., p. 115; U. von Lübtow, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 331 ss.; C. Gioffredi, *Diritto e processo* cit., pp. 135 ss.; G. Broggini, *Iudex arbiterve* cit., pp. 134 ss.; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 59-60; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel* cit., p. 432; K. Hackl, *Die Haftung* cit., p. 156, 158; M. Pennitz, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien-Köln-Weimar (1991), pp. 258-259; M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*[2] cit., p. 100; contro una tale ipotesi ora G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II pp. 226 ss.

Una autorevole dottrina ha dubitato che nell'età decemvirale la durata del processo permettesse un tempo adeguato per cicli produttivi naturali[45]. Perciò si dovrebbe escludere una norma delle XII Tavole che espressamente regolasse questo problema ed ipotizzare una interpretazione postdecemvirale formatasi sull'allungamento dei tempi processuali (riforma della *lex Pinaria*).

Per evitare questa critica si è pensato ad un'*aestimatio* arbitrale che contenga i frutti percepiti anche prima del processo dalla parte soccombente[46].

Quest'ultima ipotesi mi sembra insostenibile: qualora, infatti, fosse stato il futuro vincitore ad ottenere il possesso interinale della cosa precedentemente posseduta dalla controparte, data l'impossibilità di ricorrere a *tab.* 12, 3, il regime avrebbe operato una ingiustificata sperequazione tra le due situazioni rispetto ai frutti percepiti dal soccombente prima del processo. Si deve quindi ammettere che *tab.* 12, 3 attenga ai soli frutti percepiti durante il processo dalla parte soccombente che ha ottenuto il possesso interinale della cosa controversa.

Non rimane che approfondire il problema della breve durata del processo in età decemvirale.

Il processo davanti al 'giudicante' (sia questi lo stesso *praetor* o altro soggetto), in base a *tab.* 1, 6-9, doveva durare normalmente un giorno. Non mancano però deroghe già in età decemvirale. Non si può ritenere la *comperendinatio* istituto sorto nella prassi postdecemvirale del *lege agere,* in quanto già la Legge delle XII Tavole dà rilevanza a cause personali delle parti o del *iudex* ritenute idonee a giustificare un rinvio[47]. La durata poteva

[45] Per il NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 214 ss., proprio l'«indubbio riferimento ai *fructus*», implicante un tempo produttivo definito, sarebbe fonte di un'incongruenza con la breve durata del processo al tempo delle XII Tavole, facendo cadere l'ipotesi interpretativa che collega la *vindicia falsa* ad una fase successiva alla sentenza. Anche quello dei tre giorni, come limite per il giudizio (*denuntiatio in diem tertium sive perendinum*; su cui R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 36 ss.), sarebbe per il Nicosia un periodo «troppo breve per poter seriamente ritenere che il sobrio legislatore decemvirale si ponesse il problema di una eventuale percezione di frutti in tale limitato periodo e si preoccupasse di comminare un'apposita pena nel doppio» (p. 217); nello stesso senso B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., p. 76. Per il MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 4 n. 16, la responsabilità dei *praedes* per i frutti sarebbe impensabile prima della *lex Pinaria.*

[46] A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit* cit., pp. 134-135.

[47] G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, pp. 401-402. In relazione al processo dell'età decemvirale, ed in particolare rispetto all'ipotesi del Nicosia sull'assenza del pretore nel processo privato romano, vd. le precisazioni di A. CORBINO, *XII tab. 2. 2 e la presenza del magistrato*

estendersi anche per permettere l'intervento dell'*auctor* richiesto dal convenuto-*mancipio accipiens* (Val. Prob. 4, 7; Cic., *Pro Caec.,* 19, 54; *Pro Mur.,* 12, 26)[48], o l'intervento dei garanti per la ricomparsa *in iure* di Virginia[49]. Infine, il giudizio secondo *iustitia* del *sacramentum* poteva avere modalità e rituali giuridico-religiosi di non automatica realizzazione[50].

D'altro canto, poi, mi sembra che accentuare il «lasso temporale» entro cui bisogna che si realizzi il ciclo produttivo[51] implicitamente consideri *tab.* 12, 3 di automatica applicazione. Al contrario, il fatto che la *datio* degli *arbitri* da parte del magistrato per l'*aestimatio* della *duplio fructus* sia rimessa all'iniziativa della parte interessata (il vincitore della lite secondo l'interpretazione qui condivisa del *si velit is*), dimostra che il meccanismo è condizionato dall'eventualità del fatto rilevante. Solo quando il soccombente abbia effettivamente percepito frutti dalla cosa controversa durante il processo e se li sia tenuti, allora il vincitore della lite attiverà la procedura ex *tab.* 12, 3.

C. *Importanza dell'uso di* fructus *al singolare in XII 12. 3 in quanto unico termine idoneo a significare ogni prodotto naturale della terra e del bestiame:* fructus *e originaria concezione naturalistica*

Difficile dire a quali criteri si sia ispirato l'ammodernamento a cui il testo delle XII Tavole è stato sottoposto nei *Tripertita* di Sesto Elio. In particolare, nel testo tramandato dalla fonte di Servio, la parola *fructus*, nella costruzione *fructus duplione damnum decideto,* esprime un genitivo singolare. Al di là del caso imposto dalla costruzione usata, è significativo proprio

nel processo privato romano dell'epoca decemvirale, in *Estudios Iglesias* III (1988), pp. 1179 ss. Sul punto in generale vd. anche C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in BIDR. 90 [1987], pp. 467 ss.

[48] Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 288; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo (1982) pp. 44-45; ed ora C. A. CANNATA, *Quando in iure te conspicio*, in *Diritto e processo nella esperienza romana, Atti seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli (1994), pp. 187 ss.

[49] Liv. 3, 44 ss. parla di *sponsores*; cfr. F. DE MARINI AVONZO, *I limiti della disponibilità della* res litigiosa cit., pp. 88-90. Sul *vetus ius* predecemvirale in materia vd. *supra*, p. 45 n. 38.

[50] Sul punto S. TONDO, *La semantica di* 'sacramentum' cit., pp. 249 ss.; ID., *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., pp. 8 ss.; ipotizza la competenza sacerdotale a giudicare in forza dello scambio dei *sacramenta*, C. A. CANNATA, *Profili istituzionali del processo privato romano I. Le* legis actiones, Torino (1980), p. 24, pp. 58-61.

[51] Vd. *supra* n. 45 a cui *adde* O. BEHRENDS, *Das Vindikationsmodell* cit., p. 21.

l'uso del singolare. La pena era fissata «nel doppio del frutto <della cosa>» (*<rei> fructus duplione damnum decideto*).

L'uso del singolare esprime ogni possibile frutto della cosa, in altri termini tutti i frutti di essa[52]. Se teniamo conto delle *res* possibili oggetti di *legis actio sacramento in rem* fin dall'età più antica, l'uso del singolare è significativo. Si pensi solo ai frutti del *fundus* e ai frutti del singolo capo di bestiame. Con *fructus* si intendeva dire tutti i frutti della *res* oggetto di *vindicatio*[53], al di là del tipo particolare di prodotto naturale *ex re* e della sua necessaria diversità (farro, legumi = *fruges*; frutta secca d'albero e bacche all'inizio e poi ogni frutto d'albero = *glans*; lana, latte, nuovi nati dagli animali = vd. Cat. *De agri cult.* 150[54] confermato da Isid. *Orig.* 17, 6).

Tutto questo mi sembra chiarisca le ragioni della necessità di ricorrere a *fructus* e non a *fruges*, né tantomeno a *glans* o a *baca*, nella disposizione decemvirale sulla *vindicia falsa*. *Fructus* è infatti l'unico termine coerente con ogni possibile prodotto naturale delle cose oggetto di *legis actio sacramento in rem* fin dall'età decemvirale, mentre gli altri avrebbero ingiustificatamente circoscritto l'efficacia della disposizione[55].

[52] G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, p. 174 n. 185 ritiene il significato della costruzione equivalente a *duplio fructuum*.

[53] Per il L. von Petražycki, *Die Lehre von Einkommen* cit., I, p. 288, invece, esso dovrebbe esprimere solo «Baum- und Feldfrüchte», coprendo un àmbito di significati uguale a *fruges*; nello stesso senso H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., in *Jherings Jahrbücher* 42 (1901), p. 211.

[54] Cat., *De agri cult.* 150: *Fructum ovium hac lege venire oportet. in singulas casei P.IS (dimidium aridum) lacte feriis quod mulserit dimidium et praeterea lactis urnam unam. hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum. et Kal. Iun. emptor fructu decedat; si interkalatum erit, K. Mais. agnos XXX ne amplius promittat. oves quae non peperint binae pro singuli in fructu cedent. †die† lanam et agnos vendat, menses X, ab coactore releget. porcos serarios in oves denas singulos pascat. conductor duos menses pastorem praebeat. donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.* Su questo formulario vd. problemi e letteratura citati nel mio *L'obbligazione di* praestare *e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano (1995), pp. 93 ss., a cui *adde* V. Giuffrè, *L'emersione dei* 'iura in re aliena' *ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli (1992), p. 114; R. Fiori, *La definizione della* locatio conductio, Napoli (1999), pp. 27-28.

[55] Non concordo con lo scetticismo dello Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 34 n. 274, §37 pp. 110-111, in relazione all'attendibilità della ricorrenza di *fructus* nelle XII Tavole in base alla testimonianza di Festo. A mio avviso, proprio l'esistenza di disposizioni decemvirali attinenti a *fruges*, nel senso di *frumenta* e *legumina*, e di *glans* come frutta secca d'albero, e la necessità di ricorrere a *fructus* nell'*interpretatio* alle XII Tavole quando si sia reso necessario estendere l'applicabilità di queste disposizioni ad ogni frutto della terra e degli alberi (come lo stesso Zuccotti ben mette in luce, *op. ult. cit.*, § 10-11, pp. 23 ss.), conferma come, rispetto a *tab.* 12, 3, in relazione ad ogni possibile oggetto di *legis actio sacramento in rem*, né *fruges*, né *glans*, a differenza di *fructus*, sarebbero stati adeguati.

D. *Estensione al* fructus rei *del* meum esse ex iure Quiritium *sulla cosa come principio innovatore del* ius civile *predecemvirale e suo adeguamento nella Legge delle XII Tavole all'ipotesi dei frutti percepiti dal possessore interinale durante il processo*

In età decemvirale si fa evidente, e trova espressione nell'ultima tavola, la preoccupazione di non scindere *fructus rei* e affermazione vittoriosa del *meum esse ex iure Quiritium* sulla *res*, anche quando la possibile separazione sia imposta dal magistrato con l'assegnazione della *possessio* ad uno dei litiganti, sia quindi dovuta alle regole che la *civitas* riconosce necessarie per lo svolgimento della contesa tra i privati. Questo significa che già prima delle XII Tavole *fructus* era stato considerato un elemento essenziale contenuto nel *meum esse*, inscindibile da questa appartenenza individuale della cosa. Come conseguenza si deve dedurre che il rapporto d'appartenenza che il *Quiris* afferma con il *meum esse* nella *l. a. sacramento in rem* impone la spettanza al singolo della cosa in tutta la sua potenzialità produttiva.

Perché allora si deve stabilire con una norma *ad hoc* la natura illecita dell'appropriazione del *fructus* da parte del soccombente-possessore interinale nelle more del processo?

La preoccupazione che traspare da *tab.* 12, 3 evoca un contesto dogmatico diverso da quello cui siamo abituati alla luce delle categorie classiche del *dominium* e del *frui* come 'posizione di godimento' normalmente contenuta in esso ed, invece, un panorama di regole giuridiche secondo le quali non è scontato l'acquisto dei frutti della cosa come fondato sull'estensione ad essi del *meum esse* sulla cosa stessa. *Tab.* 12, 3 presuppone la sopravvivenza e l'autonomia di regole che presiedono all'acquisto dei frutti da parte del non proprietario, in particolare colui che il magistrato ha costituito *possessor* della cosa-madre nella *l. a. sacramento in rem* (*... postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat*; Gai. IV, 16)[56], rispetto alla regola 'proprietaria' di estensione ai frutti del *meum esse* sulla cosa stessa; autonomia di regola che sopravviverebbe per il particolare rapporto fattuale che il provvedimento magistratuale costruisce tra liti-

[56] Gai. IV, 167 evoca ancora uno stretto legame tra il possesso assegnato ad una delle parti dal magistrato nell'*agere ex interdicto* per l'*uti possidetis* e la *facultas fruendi*, legame che viene contrastato proprio attraverso la *stipulatio fructuaria* di natura penale; per le «strettissime analogie tra l'*agere per sponsionem* connesso all'interdetto *U. P.* e la *legis actio sacramenti in rem*» vd. ora G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 288 ss.

gante e cosa controversa, e che la norma decemvirale contraddice fissando una innovazione. In sostanza, sebbene colui che separa dalla cosa-madre i prodotti naturali di essa lo fa in quanto possessore della stessa in base all'assegnazione del magistrato, ciononostante questa appropriazione dei frutti si considera illecita, perché in contrasto con la spettanza di essi al titolare del *meum esse*.

Ciò può trovare adeguata spiegazione nel ruolo circoscritto che inizialmente ha la forma di appartenenza individuale espressa col *meum esse* rispetto alle forme comunitarie o individuali di godimento dei beni del gruppo, e nelle regole consuetudinarie che entro queste ultime forme vengono elaborate per l'acquisto dei frutti. In particolare essa è conseguenza della considerazione autonoma del frutto dalla cosa che lo produce una volta che da essa si separi, suscettibile di un destino giuridico diverso da quello della cosa da cui si trae, in base alla preponderanza dell'attività umana necessaria per la produzione e l'apprensione del frutto.

Prendo ad es. il *fructus* dell'*ager*. Al tempo delle XII Tavole il *meum esse* sull'*ager divisus et adsignatus* è una delle forme individuali di sfruttamento dell'*ager Romanus*. Esso è per i plebei se non proprio l'unica, sicuramente la preponderante condizione di accesso al prodotto della terra, mentre per i patrizi si affianca alle forme individuali di sfruttamento dell'*ager publicus* (in particolare l'*ager occupatorius*) e alle residuali forme 'collettive' e individuali[57] di sfruttamento dell'*ager gentilicius*[58].

[57] Vd. a riguardo F. SERRAO, *Diritto privato*[2] cit., 1, pp. 59 ss., pp. 361 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma (1994[2]), pp. 62 ss.

[58] Sulla originaria assenza di una organizzazione plebea in *gentes*, fondamentali sono: le argomentazioni patrizie contro l'abolizione del divieto di *conubium* con la *plebs*; il *vos [scil. patricii] solos gentes habere* di Publio Decio Mura in Liv. 10, 8, 9, la contrapposizione tra l'*ex plebe* e l'*ex patriciis gentibus* per l'accesso al consolato anche ai plebei (Aul. Gell. *Noct. Att.* XVII, 21, 27); la contrapposizione tra *stirps* e *gens* nei rispettivi argomenti della controversia ereditaria tra Claudi e Marcelli (Cic. *De orat.* 1, 39, 176). In dottrina, coerentemente alla lettura di queste fonti con i dati politici, economici, sociali e giuridici dell'epoca, vd. F. DE MARTINO, *La "gens", lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV (1953), pp. 25 ss., in particolare pp. 27 ss. [= ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. DELL'AGLI-T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma (1979), pp. 51 ss., in particolare 53 ss.]; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli (1975), pp. 56 ss.; V. GIUFFRÈ, *Plebeii gentes non habent*, in *Labeo* 16 (1970), pp. 329 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica*, I, Roma s. d. (ma 1981), p. 9; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano (1982), pp. 169 ss. (che parla di «concezione genetica (patrizia) e concezione volontaristica (plebea) del *populus*»); G. FRANCIOSI, *La plebe senza genti e il problema della* rogatio Canuleia, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia*

In età decemvirale si è all'interno di quel processo di trasformazione dei rapporti uomo-terra iniziato con l'assegnazione romulea dei *bina iugera*

romana, I, Napoli (1984), pp. 119 ss. *Contra* ora G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 174 ss. (vd. altresì in SDHI. 1996), con argomenti che, pur idonei a porre dubbi e a sollecitare riflessioni, non sembra riescano a superare la tesi dominante; vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Uti possidetis *e* ager publicus, in *Labeo* 43 (1997), 445 ss.; F. SERRAO, Ius *e* lex *nella dialettica costituzionale della prima repubblica,* in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, Napoli (1997), II, pp. 279 ss., in particolare pp. 304 ss.; ID., *Diritto privato*[2] cit., 1, pp. 390 ss.

Rispetto all'*ager publicus*, il fatto che i plebei per l'età più antica non vi accedano, mi sembra trovare una possibile e convincente spiegazione all'interno della lotta patrizio-plebea in correlazione col significato di *populus* e *publicus*. Con la caduta del *regnum* e l'avvento della *res publica*, in sostanza, si contrappongono due concezioni di *publicus*: da una parte la concezione oligarchico-patrizia che tende ad identificare il *populus*, formalmente *omnes cives,* coi *patres-patricii*, imponendo modalità di accesso alle porzioni di *ager publicus* in base alle regole tradizionali che affondavano nei più antichi *mores* gentilizi ed in quelli delle assegnazioni regie (vd. *infra* pp. 55-56 n.51). Dall'altra parte, la spinta dinamica della plebe che tende a far identificare il *populus* anche sostanzialmente con gli *omnes cives* (F. SERRAO, *Diritto privato*[2] cit., pp. 149 ss.) il che importa una diversa concezione del *publicus;* vd. le precisazioni di G. LOBRANO, *op. ult. cit.,* pp. 160 ss.; a cui aderisce G. FALCONE, *op. ult. cit.,* pp. 166 ss. Ciò chiaramente non si riflette solo sul significato reale o formale di *populus-publicus*, ma comporta la coerente applicazione anche al nuovo *ager (publicus)* delle regole maturate nei *mores* patrizi in relazione alle forme di accaparramento di terra dell'età più antica (*ager gentilicius*), come ad es. la regola della effettiva capacità di coltivazione; il Falcone accentua ora, giustamente, sia questo modello consuetudinario che regola l'accesso alla terra pubblica, sia il meccanismo di controllo sullo sfruttamento della stessa, quali «istituti» che «dovevano risultare svantaggiosi per i meno abbienti»; *op. ult. cit.,* p. 207. A riguardo, mi sembra utile il collegamento con l'approfondimento dell'aporia tra la natura 'pubblica' di questa terra e la delimitazione dell'accesso ad essa a una parte dei *cives Romani* del CAPOGROSSI COLOGNESI, il quale in una serie di studi, *Alcuni problemi di storia romana arcaica:* ager publicus, gentes *e clienti*, in BIDR. 83 (1980), pp. 29 ss.; ID., Ager publicus *e* ager gentilicius *nella riflessione storiografica moderna*, in *St. Sanfilippo* III (1983), pp. 71 ss. [=ID., *La terra in Roma antica* cit. I, pp. 3 ss. e 48 ss.; ID., *Proprietà e signoria*[2] cit., pp. 93 ss.]; ID., Dominium *e* possessio *nell'Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà*, *Atti Soc. Ital. Stor. del Dir.* (1985), a cura di E. CORTESE, Milano (1988), pp. 141 ss.; ID., Ager publicus *e* ager privatus *dall'età arcaica al compromesso patrizio-plebeo*, in *Estudios Iglesias* II (1988), pp. 639 ss., spiega la contraddizione sopra ricordata in rapporto alle condizioni economico-sociali e allo scontro politico patrizi-plebei sulla questione della terra in Roma (così anche F. SERRAO, *op. ult. cit.*, pp. 149-150 e pp. 390 ss.). In particolare, secondo il Capogrossi Colognesi, potrebbe individuarsi nella storiografia antica una sovrapposizione terminologica (che nasconde una difficoltà concettuale) della forma di appartenenza dell'*ager publicus* (*precipue* nella prospettiva dell'*ager occupatorius*) dell'età tardo-repubblicana, sulla forma arcaica di sfruttamento dell'*ager* (per lo più *gentilicius*). In sostanza, se ben comprendo, quando gli storiografi antichi parlano di *ager publicus* in relazione ai primi secoli della Repubblica, essi applicherebbero l'unico concetto a loro disposizione per descrivere un certo modo di accesso al godimento dell'*ager*. In questo modo si chiari-

rispetto alle più antiche forme di sfruttamento della stessa, momento di rilievo per l'affermazione dell'appartenenza individuale, che porterà solo molto più tardi ad una polarizzazione dei rapporti uomo-terra entro gli schemi d'appartenenza classici del *dominium* e della *possessio*[59].

In età predecemvirale ed ancora dopo la legge delle XII Tavole, non c'è dubbio che l'accesso al prodotto della terra operi solo marginalmente in termini di *meum esse*. La parte preponderante del *fructus* proviene dalla terra della *gens* e dalla terra pubblica, occupata dai *patres-patricii*, l'accesso alla quale non è legittimato da una signoria individuale del *civis* su quella terra, ma dal suo essere *gentilis* o *Quiris,* parte della *gens* o del *populus* titolare di essa[60].

rebbe anche perché i plebei non chiedano, sebbene parte del popolo, la possibilità di occupare l'*ager publicus (occupatorius)*, ma chiedano l'assegnazione in proprietà quiritaria delle terre conquistate. Da un lato la sopra ricordata identificazione nella concezione aristocratica *populus-patres-patricii*, concezione avversata dai plebei. Secondo il SERRAO, *op. ult. cit.*, p. 151, pp. 392 ss.; ID., Ius *e* lex cit., p. 305, questa identificazione radicata nella concezione politica generale dell'epoca, avrebbe appunto espresso il principio secondo cui l'occupazione dell'*ager publicus* fosse riservata ai *patres* in quanto classe politica dirigente. In astratto, quindi, anche i plebei avrebbero avuto titolo all'occupazione, qualora fossero entrati nel Senato, fenomeno questo che si verificherà con una certa ampiezza soltanto dopo le leggi Licinie Sestie. Questa concezione aristocratica trova un parallelismo nelle argomentazioni patrizie contro l'accesso dei plebei al consolato, fondate sull'assenza di *auspicia*, *auspicia* che sono *populi*, ma che nel sistema giuridico-religioso romano erano tradizionalmente solo *patrum*; vd. a riguardo P. CATALANO, *Contributo allo studio del diritto augurale*, I, Torino (1960), pp. 501-509. D'altro lato, il giudizio di buona coltivazione (la *civitas* ha interesse che il singolo *civis* non lasci infruttuosa la *portio agri publici* a lui concessa) ed ancora di più la regola, che affondava le sue origini nei *mores* gentilizi, a differenza forse di quella della *spes colendi*, della effettiva coltivazione della porzione di terra pubblica (su cui vd. oltre gli autori citati *infra* n. 61). È, quindi, per i plebei più vantaggioso un modo di divisione dell'*ager Romanus* che operi *pro capite* attraverso l'*adsignatio* e non per occupazione di terra pubblica secondo la regola del *colere fundum* o della *spes colendi*. Già il WEBER, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht: 1891*, da *MW-Studienausgabe* I/2 a cura di J. DEININGER, Tübingen (1988), p. 73, all'interno della sua nota tesi sul 'capitalismo agrario' delle origini, aveva adeguatamente messo in luce che la 'libera concorrenza' formale nell'occupazione di *ager publicus* tendeva a favorire le grandi famiglie patrizie, piuttosto che i piccoli agricoltori.

[59] Vd. a riguardo L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Dominium *e* possessio cit., pp. 161 ss.

[60] L'indagine del LOBRANO, *Il potere dei tribuni* cit., pp. 137 ss.; 169 ss., ha proprio il merito di non appiattire «il divenire storico della categoria delle *res publicae*», in particolare «dell'*ager publicus*» che «dovrebbe essere meglio analizzata nel suo formarsi storico in rapporto al concetto concreto di *populus* ed alla successiva astrazione»; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino (1974), p. 145; vd. altresì A. BURDESE, *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro implicazioni politiche tra IV e III sec. a. C.*, in *Roma tra oligarchia e democrazia, Atti Copanello 1986*, Napoli (1988), p. 56 [= in BIDR. 88 (1985), p. 40].

Ciò è adeguato sia all'*ager gentilicius*, dove permangono, probabilmente, insieme a forme individuali di sfruttamento anche forme collettive di godimento e di divisione del prodotto naturale, sia all'*ager publicus*. Anche rispetto alla *portio agri publici* occupata, infatti, il rapporto uomo-terra non è mediato da un potere giuridico del singolo sulla cosa frugifera, perché l'accesso allo sfruttamento della terra è risolto sul piano dello statuto personale del singolo, che legittima una occupazione della terra secondo la misura fissata da regole consuetudinarie aventi origine, probabilmente, nei *mores* gentilizi[61]. In questi casi, in sostanza, non si pone il problema di qualificare

[61] In sostanza nella misura in cui l'occupante potesse attualmente coltivarlo o nella misura della futura capacità produttiva (*spes colendi*); Sic. Flacc. *de condic. agr.* 100, 3-6 Th. (*[Gracchus] ... intellegebat enim contrarium esse m[in]orem, maiorem modum possidere quem qui ab ipso possidente coli possit*); 101, 11-13 Th. (*singuli[s] deinde terram, nec tantum occupaverunt quod colere potuissent, sed quantum in spe<m> colendi reservavere*); 102, 9-13 Th. (*Horum ergo agrorum nullum <est> aes, nulla forma, quae publicae fidei possessoribus testimonium reddat, quoniam non ex mensuris actus unus quisque modum accepit, sed quod aut excoluit aut in spem colendi occupavit*); [Agen. Urb.], *comm. de agr. qual.* 53, 3-8 Th. = [Hyg.] *De cond. agr.* 115, 4-8 La. (*... et occupatorius ager dicitur eo quod in tempore occupatus est a victore populo, territis exinde fugatisque hostibus; quia non solum tantum occupabat unus quisque, quantum colere praesenti tempore poterat, sed quantum in spe colendi habuerat ambiebat*); per il WEBER, *Die römische Agrargeschichte* cit., p. 72 n. 9, le due regole consuetudinarie sarebbero la conseguenza del tipo di *ager publicus*: quella sull'attuale capacità (pascolativa) e coltivativa sarebbe legata all'*ager occupaticius* (Fest. *De verb sign.* L. 193: Pauli excerpta: *occupaticius ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propriis, ab aliis occupatur*), e poi estesa anche all'«Okkupation eroberten Landes gegen Ertragsquoten», in quanto nel primo caso essa è diretta conseguenza del potere di ingresso che si riconosce al nuovo occupante; nel secondo caso essa sarebbe condizionata dall'interesse del *populus* alla decima calcolata sull'effettiva estensione di terra coltivata. La regola della *spes colendi*, al contrario, si ricollegherebbe, per il Weber, al normale *ager arcifinius*. Gli autori più recenti sono invece propensi a rileggere le due regole consuetudinarie sul *modus* di occupabilità di *ager publicus* in chiave diacronica, sebbene con posizioni differenziate rispetto al momento storico di emersione del più ampio *mos* relativo al *modus occupandi*; così ad es. il TIBILETTI, *Il possesso dell'*ager publicus *e le norme* de modo agrorum *sino ai Gracchi*, in *Athenaeum* 26 (1948), p. 223; A. BURDESE, *Studi sull'*ager publicus, Torino (1952), pp. 49 ss.; L. LABRUNA, Vim fieri veto. *Alle radici di una ideologia*, Napoli (1971), pp. 236 ss., p. 237 n. 375 = ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli (1986), pp. 92 ss. Le due regole rifletterebbero due epoche diverse anche per il SERRAO, *Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*, in *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli (1981), I, p. 126 n. 185; ID., *Diritto privato*[2] cit., I, pp. 150-151, pp. 392-395; ID., Ius *e* lex cit., p. 308; la prima risalirebbe «ad un periodo in cui il territorio della città non doveva essere molto vasto in proporzione alla popolazione»; la seconda «dovette invece affermarsi in un'epoca in cui la disponibilità di *ager* era aumentata»; aderiscono alla tesi dominante anche G. NICOSIA, *Il possesso I. Corso di dir. rom. 1995-1996*, Catania (1997), pp. 43-44; G.

il tipo di rapporto che lega l'uomo alla terra che produce i frutti, perché esso è intrinseco all'essere Quirite (per l'*ager publicus*)[62], che come tale dà diritto di occupare una parte di terra pubblica, secondo regole prestabilite, e di appropriarsi del prodotto della stessa[63]. Quando, in età tardo-repubblicana, si guarda anche al possesso degli *agri publici* con una prospettiva eminentemente legata all'appartenenza, si perde la possibilità di cogliere nella sua esatta natura la configurazione giuridica del fenomeno, e se ne accentua essenzialmente l'aspetto fattuale dell'impossessamento, adattando al suo contenuto le categorie che più si ritengono esprimere il rapporto cittadino – porzione di terra pubblica occupata (*uti frui habere possidere*). In relazione ai *pecudes*, si deve pensare peraltro ad una maggiore risalenza dell'affermazione del *meum esse* nei confronti delle più antiche forme di allevamento delle *gentes*.

FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 190 ss. Un interesse all'effettiva coltivazione si può ipotizzare anche nell'àmbito dell'*ager gentilicius* qualora si accetti la progressiva differenziazione in esso di «campi destinati allo sfruttamento agricolo e di pertinenza delle singole famiglie nucleari dei gentili», accanto ad «aree utilizzate in comune», ipotizzata dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria*[2] cit., p. 65. Ora, il MANTOVANI, *L'occupazione dell'*ager publicus *e le sue regole prima del 367 a. C.*, in *Athenaeum* 85 (1997), pp. 575 ss., dubita dell'esistenza della prima regola, attraverso esegesi stringenti delle testimonianze più importanti in materia. A me sembra che la tesi sostenuta, se indubbiamente chiarisce il senso ed il contesto delle testimonianze esaminate, non intacca nella sostanza l'esistenza, oramai desueta al tempo in cui scrivono i gromatici, del *modus* originario costruito sul *colere fundum*. Il contrappunto tra i due criteri, altrimenti, sebbene poi sciolto a favore della *spes colendi*, sarebbe vuoto di senso per i contemporanei. Non è un caso peraltro che quando si passi a regole per l'assegnazione premiale in 'proprietà' individuale di lotti di terreno a cittadini che si siano particolarmente contraddistinti nella difesa della *civitas* (Orazio Coclite: Liv. 2, 10, 12; Dio. Hal. 5, 25, 2; Muzio Scevola: Liv. 2, 13, 5), la misura di terra data al cittadino non sia condizionata dalla coltivazione (sia in termini attuali che di potenzialità future), ma dal *circumarare*, cioè dalla delimitazione del confine, realizzata attraverso il solco arativo che il beneficiario fosse riuscito a tracciare in un giorno; vd. a riguardo G. FALCONE, *op. ult. cit.*, pp. 200-201.

[62] La precisazione del CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà* cit., p. 19-20: « Una tradizione assolutamente unanime riferisce, com'è noto, che la sola porzione sulla quale spettava al soggetto un'affermazione di potere, un'appartenenza piena, era costituita dall'*ager divisus et adsignatus*... Sul resto del territorio era attribuita al soggetto una facoltà di sfruttamento, legata ad una disponibilità di fatto, teoricamente revocabile», coglie bene nella prima parte il senso di novità del *meum esse*, sebbene nella seconda parte l'A. sembri condizionato dalla prospettiva dell'appartenenza, con la conseguente accentuazione del solo momento dell' 'effettività'. Quest'ultimo, riflesso nell'impossessamento di una certa porzione di terreno, comunque legittimato dal rispetto dei *mores* relativi al *modus occupandi* (vd. ora F. SERRAO, Ius *e* lex cit., p. 305), è certamente necessario per esercitare la facoltà di sfruttamento, ma essa ha la sua condizione primaria nello *status* di gentile o di Quirite.

[63] Riguardo allo stesso significato dell'impossessamento realizzato con l'*occupatio*,

Il *meum esse* su un animale o su una *portio* di *ager* comporta, comunque, un ribaltamento della priorità del rapporto uomo-*res*, su quello uomo-comunità[64], e ciò anche rispetto all'appropriazione del *fructus*. Il *fructus* in questo caso è percepito dal *Quiris* in conseguenza del *meum esse* sull'animale o sulla particolare porzione di *ager Romanus divisus et adsignatus* da cui il frutto si trae, facendo maturare l'idea che il frutto sia 'mio' perché proviene dal bestiame o dalla terra di cui posso predicare il *meum esse*[65], e non perché prodotto dal mio lavoro.

Una volta stabilita la possibilità di un rapporto esclusivo e diretto cittadino-*res* in termini di 'potere' individuale che il primo esercita sulla seconda[66], *fructus* e *res*, seppure separati e concettualmente autonomi, divengono inscindibili nella prospettiva del contenuto del potere giuridico che si esercita sulla cosa-madre in termini di *meum esse*. Il *frui*, in sostanza, diviene essenziale contenuto del *meum esse*. Questo legame tra frutto e cosa da cui nasce è affermato come inscindibile già in età predecemvirale, ed è elemento innovativo del rapporto d'appartenenza di *meum esse*, rispetto alle precedenti forme di accaparramento delle risorse. Esso, infatti, fonda l'acquisto dei frutti su un'estensione della signoria individuale sulla cosa-madre.

D'altro canto, entro le forme di sfruttamento della terra pubblica e della terra e del bestiame delle *gentes*, il ruolo ed il significato del lavoro necessario per la produzione e l'apprensione del frutto (non semplicemente quindi la coltura agricola, ma immaginiamo anche la caccia, l'allevamento e l'attività di raccolta dei frutti spontanei) è preponderante. Ciò trova conferma

chiarificatrici le parole del SERRAO, Ius *e* lex cit., pp. 304 ss., il quale accentua come «l'occupazione secondo i *mores* fa sì che essa si consideri avvenuta *iure*, dando luogo alla *possessio* (che quindi è sì una situazione di fatto, ma realizzatasi *iure*)» (p. 305).

[64] Ma non una sua assenza di significato, il che impone di precisare anche rispetto al *meum esse ex iure Quiritium* l'uso della categoria moderna di 'proprietà privata'; vd. a riguardo P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* cit., p. 148 e p. 153.

[65] Vd. la qualifica di *aliena* della *seges* in *tab.* 8, 8b: *si segetem alienam pellexeris*. A riguardo O. BEHRENDS, *Bodenheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms*, in *Die römische Feldmeßkunst*, hrsg. O. BEHRENDS-L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Göttingen (1992), p. 227 n. 98.

[66] Problema diverso e non in questa sede affrontabile, è la possibilità che il *meum esse ex iure Quiritium* si sia originariamente limitato ad alcune cose mobili del *pater familias*, e che l'assegnazione romulea *viritim* dei *bina iugera* sia stata attratta in questo schema concettuale solo dopo un processo interpretativo realizzato dai *pontifices*. Di un tale possibile sviluppo potrebbe rimanere un indizio nella inclusione posteriore dei fondi nelle *res mancipi*, questione intrecciata con l'intrasmissibilità originaria *inter vivos* dell'*heredium*; su questo tipo di problemi vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. rom.)*, in ED. XXXVII (1988), pp. 170-171.

nell'importanza centrale che viene riconosciuta all'attività di lavoro dell'uomo nelle antiche regole consuetudinarie che fissano la quantità di terra pubblica che il Quirite può occupare[67].

La prima apparizione della categoria di *fructus rei* nelle fonti a nostra disposizione (*tab.* 12, 3 in base a Fest. *De verb sign.* vindiciae L. 516) induce a credere che essa tragga origine entro rapporti diversi da quelli fra 'proprietario' e terzo. Si tratta probabilmente dell'affinamento concettuale realizzatosi sui prodotti naturali, spontanei o dovuti alla coltivazione e all'allevamento, dell'*ager* e del bestiame delle *gentes*, e dell'*ager publicus*, che affonda le sue radici nei più antichi *mores* gentilizi e cittadini. Al *frui* di queste cose si ha diritto perché gentili o perché Quiriti.

La disposizione del secondo decemvirato è altresì l'indizio dell'inadeguatezza delle regole maturate in queste costumanze per l'acquisto dei frutti, dal momento in cui ci si pone entro la prospettiva del *meum esse*. Nel *ius civile* predecemvirale matura una diversa regola adeguata alla nuova forma di appartenenza individuale. I frutti si acquistano come estensione del potere individuale affermato sulla cosa-madre (*ager divisus et adsignatus* o singolo capo di bestiame). Il *frui* diventa un contenuto essenziale del *meum esse*. *Tab.* 12, 3 è un momento di verifica di questa regola in relazione ad un'ipotesi specifica: quella dell'appropriazione dei frutti della cosa controversa nella *legis actio sacramento in rem* da parte del possessore interinale risultato poi soccombente. Questo comportamento realizza un' illecita appropriazione dei frutti, sebbene il possesso sulla cosa-madre sia fondato sull'assegnazione magistratuale. Si afferma l'inscindibilità tra *fructus* e *res* nella prospettiva del *meum esse*, anche in relazione a questa particolare ipotesi.

Su *tab.* 12. 3 si fonda l'*interpretatio* pontificale sulla parola *fructus* rispetto ai diversi prodotti naturali *ex re,* perché dalla disposizione decemvirale trae origine uno svolgimento interpretativo adeguato anche a nuove pretese fatte valere dal vincitore della lite, che ha coinvolto il termine in rapporto alle possibili cose oggetto di *l. a. sacramento in rem*. Si pensi soltanto al *fructus hominis*. Questo sviluppo emerge come legato alla tradizione dell'*interpretatio* delle XII Tavole ancora al tempo di Gaio (D. 22, 1, 19)[68].

[67] Per l'accentuazione dello stretto collegamento per l'*ager publicus* fra occupazione e coltivazione della terra vd. M. WEBER, *Die römische Agrargeschichte* cit., p. 68; e più di recente M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., p. 317 (in chiave essenzialmente economica); G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., p. 199 (come espressione della «concezione arcaica del 'potere' quale vicenda dinamico-fattuale che si fonda e si mantiene attraverso il suo concreto esercizio»).

[68] M. KASER, *Vindicia falsa* cit., p. 44 e n. 58.

3. Fructus *nella* interpretatio *pontificale alle XII Tavole*

A. *Resistenza della concezione naturalistica di frutto nella* legis actio sacramento in rem *e suo superamento soltanto nell'àmbito del* restituere *nella rivendica con* formula petitoria *(D. 22, 1, 19 pr. -1)*

Gai. *libro sexto ad legem XII tabularum* D. 22, 1, 19 pr.
Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. quid enim si argentum aut vestimentum aliamve similem rem, quid praeterea si usum fructum aut nudam proprietatem, cum alienus usus fructus sit, petierit? Neque enim nudae proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intellegi potest, neque usus fructus rursus fructus eleganter commutabitur. quid igitur, si nuda proprietas petita sit? ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus. item si usus fructus petitus sit, Proculus ait in fructus perceptos condemnari. praeterea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, qu<ae> locata ea re mercedis nomine capi potueri<n>t. 1. Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur: quod admittendum est.

Prima di affrontare l'esegesi del passo gaiano, ritengo si debba precisare il suo rapporto con la *lex XII tab.* 12. 3[69].

[69] Solitamente, il rapporto tra Fest. *De verb. sign.*, s. v. '*vindiciae*' e D. 22, 1, 19 pr. - 1 è servito per la collocazione della disposizione decemvirale nella dodicesima tavola della *lex XII tabularum*, sull'assunto in base al quale Gaio, nel suo commentario in 6 libri, dedicherebbe ogni libro a 2 tavole; cfr. ad es. JAC. GOTHOFREDUS, *Fontes quattuor juris civilis* cit., in OTTONIS *Thesaurus* cit., III, coll. 11 ss., in particolare col. 19 e coll. 145 ss.; H. E. DIRKSEN, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Texts des Zwölf-Tafeln-Kommentars*, Lipsiae (1824), pp. 12-14; 108-112; M. VOIGT, *Die XII Tafeln* cit., I, pp. 57-58 e p. 737; A. ZOCCO-ROSA, *Il commento di Gaio alla legge delle XII Tavole*, in RISG 5 (1888), pp. 193 ss.; 195 e n. 8; F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII Tavole* cit., in AG. XLIV (1890), p. 390; K. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*[7], ed. O. GRADENWITZ, Tübingen (1909; rist. Aalen 1969), p. 39; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Leipzig (1888), p. 12-13 e n. 29; M. LAURIA, *Ius Romanum*, I, 1, Napoli (1963), p. 22; S. MORGESE, *Appunti su Gaio* ad legem duodecim tabularum, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano (1981), pp. 109 ss., 114-115; O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index* 18 (1990), pp. 403 ss.; ID., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari (1992), pp. 49 ss.; F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII Tavole*, in *Index* 20 (1992), pp. 279 ss.; ID., *Questioni*

Come si evince dal "*Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor*", Gaio tratta della rivendica con *formula petitoria* e quindi del contenuto del *restituere*[70]. Lo conferma la terminologia *res petitae*, *condemnatio* e *possessor*. Da questo punto di vista, il fatto che Gaio sia qui nel sesto libro del suo commento alle XII Tavole, oltre ad evocare un possibile legame con la *legis actio sacramento in rem* e con *tab.* 12. 3, non ne circostanzia la portata[71]. Da un lato, infatti, Gaio sta parlando della *condemnatio* formulare della *rei vindicatio*, nel valore di *res et fructus*[72], mentre la disposizione in tema di *vindicia falsa*, almeno nell'interpretazione qui condivisa, vede la condanna alla *duplio fructus* come conseguenza della percezione di frutti dalla cosa controversa durante il possesso interinale da parte del soccombente in una *legis actio sacramento in rem*. Certamente, il fatto che in caso di *vindicia falsa* gli arbitri dati dal pretore stimassero il frutto della cosa percepito illecitamente, per fissare la pena del doppio, doveva essere visto, all'età di Gaio, come la prima espressione di una condanna ai frutti[73].

Probabilmente è questo il legame che intreccia, nel commento gaiano, i due momenti, quello del testo decemvirale e quello della rivendica formulare, legame che affonda le sue radici nella *interpretatio* del *restituere* formulare: '*restituere*' *est etiam possessorem facere fructusque reddere* (Gaius *4 ad edictum provinciale* D. 50, 16, 22)[74].

Dal punto di vista terminologico, il passo rispecchia stilemi e sintassi del

decemvirali cit., pp. 158 ss.; D. FLACH, *Die Gesetze* cit., pp. 202-204. Per la datazione dell'opera, l'HONORÉ, *Gaius*, Oxford (1962), p. 68, pensa agli anni tra il 150 e il 154 d. C., in base alla citazione di Giuliano in D. 48, 5, 40.

[70] In questo senso vd. A. R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 49 (1929) R. A., pp. 274 ss., in particolare p. 281 e n. 1; M. KASER, Restituere *als Prozessgegenstand*, München (1968²), p. 10, 17-18, (Nachträge) p. 196; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi Scherillo* I (1972), pp. 415-418; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den* actiones in rem, in ZSS. 98 (1981) R. A., p. 128 e n. 197; M. LAURIA, *Ius Romanum* cit., p. 48; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., p. 55; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Aalen (1984, reprint ed. Oxford 1968), pp. 98-99; A. RODGER, Actio confessoria *and* actio negatoria, in ZSS. 88 (1971) R. A., pp. 204 ss.; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., pp. 21-22 e n. 119; R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 46.

[71] Riguardo ai *libri ad duodecim tabularum* di Gaio, si parla solitamente di interesse alle parole della legge, alla sua *interpretatio* e agli sviluppi successivi, fino al diritto a lui contemporaneo. Proprio l'interesse storico fondato sull'affermazione di principio di D. 1, 2, 1 (cfr. a riguardo F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo,* in *Labeo* 12 [1966], pp. 7 ss., in particolare pp. 15 ss.; = *Giuristi adrianei*, Napoli [1980], pp. 158 ss.; F. GALLO, *La storia in Gaio,* in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano [1981], pp. 89 ss.; S. SCHIPANI, Principia iuris. Potissima pars principium est. *Principi generali del diritto*, in *Studi Gallo* III [1997], pp. 631 ss., in particolare 649 ss. [ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino (1992²), pp. 83 ss.] avrebbe determinato, secondo lo SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), pp. 229-230, la fortuna dell'opera nelle scuole postclassiche; vd. sull'opera S. MORGESE, *Appunti sul Gaio* ad legem duodecim tabularum cit., 109 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole* cit., pp. 49 ss.; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., pp. 158 ss.

[72] Una autorevole ipotesi interpretativa ritiene che i compilatori, data la loro riforma in materia (C. 7, 51, 2 rispetto a CTh. 4, 18, 1 su cui vd. *infra* pp. 357 ss.), avrebbero eliminato dal Digesto ogni richiamo alla *duplio fructus*: *in <duplos> fructus condemnatur possessor* in D. 22, 1, 19 pr. e la *duplex interpretatio* dell'*ita ut fructus secundum legem aestimentur* di Ulp. *77 ad ed.* D. 10, 4, 9, 6. Di qui la valorizzazione delle testimonianze pervenute fuori dalla compilazione giustinianea (PS. 5, 9, 1; CTh. 4, 18, 1; CTh. 4, 19, 1 su cui vd. *infra* pp. 343 ss; 357 ss.; 359 ss.). In relazione a D. 22, 1, 19 pr. vd. ad es. P. PETOT, *Fructus duplio*, in *Études Girard* (1912), pp. 226-227. D'altronde non ha resistito ad una critica puntuale (M. KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 45 ss.) la tesi del RATTI, *Dupli fructus*, in *Studi Riccobono* II (1936), pp. 419 ss., che al contrario nega la classicità della *duplio fructus* nel processo formulare in base ad una presunta influenza su PS. 5, 9, 1 di CTh. 4, 18, 1. Proprio al KASER, *op. ult. cit.*, si deve una prudente riconsiderazione della questione. Le fonti sopra ricordate se da un lato sarebbero da interpretare entro la problematica della *fructus duplio*, d'altro lato andrebbero contestualizzate tematicamente e storicamente. È a riguardo significativo il fatto che, pur cogliendo un filo conduttore comune, il KASER (*op. ult. cit.*, pp. 38 ss.) ritenga impossibile affermare se il regime della *duplio fructus* - presente nella *legis actio sacramento in rem* in base a *lex XII tab.* 12, 3, nell'*agere per sponsionem* nell'àmbito della *cautio pro praede litis et vindiciarum* (vd. in relazione all'*actio ad exhibendum* Ulp. D. 10, 4, 9, 6 e alle cause creditarie davanti ai centumviri; PS. 1, 13b, 8; PS. 5, 9, 1-2) e ripreso attraverso una riforma del 369 d. C., legata al clima politico sociale del tempo (CTh. 4, 19, 1) - trovasse applicazione nella rivendica con *formula petitoria.* A riguardo la riforma giustinianca di C. 7, 51, 2 non sarebbe sufficiente di per sé sola per considerare il silenzio di D. 22, 1, 19 pr. non classico. Lasciata aperta la questione, se l'originario testo di Gaio contenesse un *in <duplos> fructus*, il Kaser (*op. ult. cit.*, p. 50) propende quindi per una assenza della *duplio fructus* nella *rei vindicatio* con *formula petitoria*. Vd., altresì, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 140-142; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 22-24 n. 38. Sul problema vd. ora, precisando la tesi del Kaser, la chiara messa a punto di M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 5 e n. 21 (*lex XII tab.* 12. 3), p. 9 n. 37 (*cautio pro praede litis vindiciarum* nell'*agere in rem per sponsionem*), pp. 21-22 e n. 119 (*rei vindicatio* con *formula petitoria*), pp. 28-29 (rivendica *extra ordinem*).

[73] Cfr. le giuste precisazioni di A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux* cit., pp. 210 ss. In generale, per il rapporto con la *condemnatio pecuniaria* U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 330 ss.; R. SANTORO, *XII Tab. 12, 3* cit., p. 55. Non vede questo possibile collegamento il BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante* IV (1930), p. 64, il quale ritiene che «il giurista non poteva parlare di *condemnatio in fructus* dal momento che i giuristi in ordine ai frutti, conformemente allo schema formulare, parlano o di *restitutio* in natura insieme alla cosa oppure di *aestimatio* unitamente alla condanna pecuniaria».

[74] Così, M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., pp. 21-22, che accentua l'affermazione di Pomp. *16 epist.* D. 50, 16, 246: *tota restitutio iuris est interpretatio*.

giurista classico[75]. Il discorso procede con un intento dichiaratamente didattico e nello stesso tempo è vigile a non appiattire la complessità del problema discusso. La questione relativa alle cose improduttive *ex natura* di frutti (argento e vestiti) è esaminata all'interno della *rei vindicatio*. Queste cose sembrano intese da Gaio come classe (*alia similis res*), il che implica l'individuazione dell'elemento tipico di esse nella natura infrugifera. Il fatto che la soluzione di questo problema venga posposto a quello della *petitio usus fructus* e della *vindicatio nudae proprietatis*, conferma la resistenza di una concezione naturalistica di *fructus*. Solo con Elio Gallo, l'autore nel I sec. a. C. del *De verborum, quae ad ius (civile) pertinent, significatione*[76], in relazione alla rivendica con *formula petitoria*, sarebbe stato possibile cogliere un parere diverso in materia.

Nell'ipotesi della *petitio nudae proprietatis*, oggetto dell'azione è per definizione un 'bene' escluso il suo *fructus*, ciò che mi sembra emerga con chiarezza dal *quod ad proprietatis nomen attinet*. Gaio qui evoca momenti complessi relativi alla maturazione della nozione di *proprietas* , correlativa a

[75] Immotivata la critica del BESELER, *Romanistischen Studien*, in ZSS. 50 (1930) R. A., p. 20; ID., *Textkritischen Studien*, in ZSS. 53 (1933) R. A., p. 27. Sul *videamus* «frequentissimo in Gaio come introduttivo del discorso», G. NICOSIA, *Il testo di Gaio 2. 15 e la sua integrazione*, in *Labeo* 14 (1968), pp. 183-184 e n. 56. Per il GRUPE, *Die gaianische Institutionenfragmente in Justinians Digesten*, in ZSS. 16 (1895) R. A., pp. 300 ss., in particolare pp. 305-306, D. 22, 1, 19 rappresenterebbe un ulteriore esempio di differenza grammaticale e sintattica tra il Gaio del manoscritto veronese e quello tramandato nei *Digesta* di Giustiniano. A riguardo, però, ad altri l'uso dell'indicativo nelle subordinate è sembrato stilema gaiano; H. L. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von* Gai Institutiones, in *Studia Gaiana* VI, Leiden (1981), in particolare pp. 399-400.

[76] Per il BONA, *Alla ricerca del* De verborum cit., pp. 119 ss., è dubbio se Gaio abbia maneggiato direttamente l'opera cliana (pp. 125-126), utilizzata per la prima volta da Verrio Flacco in età augustea (p. 119). Sul problema della datazione di Elio Gallo, la tesi della KORNHARDT, Postliminium *in republikanischer Zeit*, in SDHI. 19 (1953), pp. 9-11, che pensa ad una sua collocazione alta (II sec. a. C.) in base a rilievi linguistici, seppure idonea a sollecitare approfondimenti (così M. BRETONE, *Manilio e il* nexum, in *Iura* 32 [1981], p. 145 e n. 8; ID., *Tecniche e ideologie*, Napoli [1984²], pp. 264-265 n. 24), non sembra suscitare consensi, vuoi perché la base induttiva presa in esame sarebbe troppo esigua (L. LABRUNA, *Vim fieri veto* cit., pp. 101-102), vuoi perché esisterebbero ragioni sostanziali di collocazione degli istituti come definiti da Elio Gallo in contesti storici non precedenti agli ultimi anni del II sec. a. C. e non successivi ai primi decenni del I sec. a. C.; vd. sul punto il riesame di G. FALCONE, *Per una datazione del* "de verborum, quae ad ius pertinent, significatione" *di Elio Gallo*, in AUPA. XLI, 1991, pp. 223 ss.; su Elio Gallo vd. altresì G. SINI, A quibus iura civibus praescribebantur. *Ricerche sui giuristi del III sec. a. C.*, Torino (1995), pp. 58-63.

quella del *fructus* come *ius in re aliena*. Anche qui, rispetto alle prime *formulae* petitorie aventi ad oggetto la sola *nuda proprietas*, alla soluzione che dovette tradursi nella regola più antica, in termini di esclusione di un *restituere* comprensivo anche dei frutti, seguì l'individuazione di ipotesi specifiche nelle quali il soccombente restituiva anche i frutti. In particolare, l'ipotesi evocata dall'*ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus*, non esprime un rapporto causale tra *petitio nudae proprietatis* contro il presunto nudo proprietario e perdita dell'usufrutto, ma al contrario rimanda ad una estinzione dell'usufrutto nelle more processuali. La conseguente consolidazione di esso alla proprietà rende possibile il calcolo dei frutti dal momento della perdita dell'usufrutto (così Paul. *21 ad ed.* D. 6, 1, 33 i. f.)[77]. La condanna del convenuto, presunto nudo proprietario del bene, contiene la *restitutio* dei frutti a favore dell'attore, qualora, durante il processo, l'usufruttuario del convenuto perda il suo diritto d'usufrutto. Da questo momento, in sostanza, il convenuto sarebbe titolare del pieno godimento del bene e quindi, pur se convenuto dall'attore con *petitio nudae proprietatis*, obbligato a restituire a questi il valore della cosa e dei frutti.

L'ipotesi della *petitio ususfructus* impone il chiarimento già fatto nelle *Institutiones* (Gai. II, 14) della differenza tra *fructus* (*res corporalis*) e *ius utendi fruendi* (*res incorporalis*)[78], così da facilitare la possibilità che nell'obbligo di restituzione del soccombente di tale azione si computino i frutti. A riguardo potrebbe esserci stata discussione se egli fosse tenuto ai *fructus percipiendi* o soltanto *percepti*, come ritiene Proculo.

Le questioni attinenti alla *ratio fructuum* nella *petitio usus fructus* e nella *petitio nudae proprietatis* non trovano collegamenti nella più antica *legis actio sacramento in rem* e nell'*interpretatio* del testo decemvirale. Esse presuppongono infatti la nascita dell'usufrutto e la maturazione da questo indotta della nozione di *proprietas*.

[77] *... hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habeatur...* Così M. KASER, *Restituere*² cit., p. 196.

[78] Per il BRETONE, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli (1962), p. 44, la precisazione *neque usus fructus/ computabitur* sarebbe difficilmente comprensibile «se non la ritenessimo determinata dal fatto che *usufructus* oltre ad esprimere il 'godimento' (il *ius utendi fruendi...*), esprima il 'reddito' della cosa».

La citazione, da parte di Gaio, di Elio Gallo, rispetto alla rivendica di cose per natura infrugifere, ha dato problemi. Se seguiamo F, infatti, Elio Gallo avrebbe ritenuto che: *si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda [esse]<sunt>, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit*. In questo caso bisognerebbe dare al *quod* valore causale ed al *potuerit* senso impersonale. L'*haec* rimanderebbe necessariamente a *vestimenta aut scyphus*. L'*in fructu* non atterrebbe allora a ciò che si ricava locando le cose, ma al contrario alle cose oggetto di *petitio*, che possono contarsi tra le cose suscettibili di godimento fruttifero. In sostanza, Elio Gallo, seguendo la *lectio difficilior* tramandataci da F, non avrebbe detto «se si rivendichino vestiti o bicchieri, si deve contare nel frutto [scil. nei frutti], ciò che una volta locata questa cosa, potrà acquistarsi in nome della mercede». Una tale lettura sarebbe insostenibile in base al tenore della citazione di Gaio secondo F. Piuttosto: «se si rivendichino vestiti o bicchieri, queste cose si devono contare *in fructu* [cioè suscettibili di godimento], poiché si potrà percepire, una volta locata quella cosa, in nome della mercede».

A queste indubbie difficoltà si sono opposte proposte di emendazione, tra le quali quella che ha riscosso il maggior seguito è del Mommsen. Elio Gallo avrebbe allora affermato che: *si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, qu<ae> locata ea re mercedis nomine capi potueri<n>t*. In questo caso l'*haec*, correlato al successivo *quae*, indicherebbe le cose che potranno essere ricavate, una volta locata la cosa madre, *mercedis nomine*. Non c'è dubbio che in questo caso verrebbero contate nel frutto (nel senso di frutti) anche le cose che con la locazione del bene naturalmente infrugifero potranno da esso essere percepite a titolo di mercede. Vi sarebbe la consapevole affermazione di una categoria di cose che si considerano frutti di un'altra cosa perché da essa prodotte attraverso un negozio giuridico. Saremmo cioè di fronte alla prima affermazione chiara dei cd. frutti civili[79].

Se si volesse conservare la *lectio difficilior* di F, peraltro, si giungerebbe nella sostanza allo stesso risultato, in quanto è possibile riconoscere il godimento su beni naturalmente infrugiferi, proprio perché essi sono suscettibili, se locati, di produrre reddito a titolo di mercede.

[79] Il Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 189-190 e p. 190 n. 2 parla in questo caso di «significato metaforico ed astratto» del *fructus* e di «assimilazione generica»; per il Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 38 n. 57, *fructus* renderebbe qui il «reddito»; per il Watson, *The Law of Property* cit., p. 99, le *mercedes* sarebbero «contate come *fructus*» («to be counted as *fructus*»). Nessun fondamento ha invece la lettura dell'Honsell, Quod interest *im* bonae fidei iudicium. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München (1969), p. 10, che pensa a *mercedes percipiendae* e non *perceptae*.

Il dato è coerente con la concretizzazione nell'*interpretatio prudentium* della regola civilistica *omnis fructus rei ad fructuarium pertinet*, quando si tratti di usufrutto di beni naturalmente infrugiferi (*Aedium usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt*; Ulp. *17 ad Sab.* D. 7, 1, 7, 1; *infra* pp. 150 ss.).

Elio Gallo opera in un periodo che, come vedremo nei prossimi capitoli, stava con difficoltà verificando la tenuta della concezione naturalistica di 'frutto' come cosa *ex ipso corpore nata* rispetto ad utilità tratte dalla cosa attraverso la mediazione di un rapporto giuridico. La sua affermazione, quindi, va letta entro una riflessione che coinvolge i giuristi tardorepubblicani.

In relazione, infine, alla *vindicatio servitutis*, relativa all'*iter* e all'*actus*, si colgono due momenti logici, conseguenze della riflessione storicamente stratificata sul punto[80]. La concezione più antica, maturata probabilmente già in caso di *legis actio sacramento in rem* esercitata per la tutela delle più antiche servitù rustiche, che nega perentoriamente l'esistenza di un *fructus* per queste servitù prediali.

Quella emersa in età successiva, con la mediazione di Labeone (D. 8, 5, 4, 2 su cui *infra* pp. 169 ss.)[81], in materia di *petitio* con *intentio negativa*, che computa nei 'frutti' il *quanti interest petitoris non uti fundi sui intinere adversarium*, cioè l''interesse' del *dominus* a che il presunto titolare di una *servitus* di *iter* non la eserciti nelle more processuali (altrove Labeone parla anche di *commodum*; Paul. *66 ad ed.* D. 43, 21, 2). Si è, cioè, all'interno di una concezione più ampia legata al concreto 'interesse' dell'attore[82].

La tesi a cui sembra aderire Gaio[83], quella appunto labeoniana, conta nel frutto proprio il *commodum petitoris* in un'*actio confessoria*, come sem-

[80] Sull'*ire agere* in D. 22, 1, 19 come esempi tratti dalla tradizione più antica delle *servitutes* vd. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei* "iura praediorum" *nell'età repubblicana*, II, Milano (1976), p. 157 n. 83; p. 158 n. 84; A. Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano (1981), pp. 137-138.

[81] Così anche A. Rodger, *Actio confessoria* cit., in ZSS. 88 (1971) R. A., pp. 204 ss.

[82] G. Longo, *L'*hereditatis petitio, Padova (1933), pp. 228-229 parla di «larga accezione» di frutto, nel senso di «reddito economico-sociale che la cosa può assicurare» e di «utile economico, assicurati dall'esercizio della servitù al fondo».

[83] Il *«quid admittendum est»* è ἅπαξ λεγόμενον nel lessico gaiano: cfr. *Lessico di Gaio*, a cura di L. Labruna- E. De Simone- S. Di Salvo, Napoli (1985²), p. 14. Per questo, secondo G.

plice 'vantaggio-utilità' che questi trae nell'esercitare l'*ire agere* sul fondo altrui, prima di sapere giudizialmente se ne abbia o meno il diritto[84]. In questo caso si è però lontani dal concetto di *fructus* più antico, e come vedremo si è all'interno di una concezione fortemente dinamica del 'frutto' come utilità, che apre nuove prospettive in materia e nella quale si intersecano concetti come *fructus, id quod interest, commodum* (v. *infra* pp. 133 ss.).

D. 22, 1, 19 pr. -1 fa emergere un approfondimento della problematica dei frutti rispetto al *restituere* della *rei vindicatio*, della *petitio usus fructus,* della *vindicatio nudae proprietatis* e della *vindicatio servitutis.* In relazione, invece, alla antica *legis actio sacramento in rem*, il dato forse più significativo è la sicura posteriorità di queste interpretazioni estensive della nozione di frutto. Esse maturano nell'àmbito del *restituere* formulare, ascrivendovi proventi percepiti dalla cosa in base ad un rapporto giuridico (secondo Elio Gallo le cose percepite a titolo di mercede locativa, in caso di *rei vindicatio* di una *res* infrgifera) o utilità soggettive dell'attore (secondo Labeone, il *commodum petitoris* in una *vindicatio servitutis* di esercitare nelle more del processo la servitù).

Tutto questo conferma la persistenza di una nozione giuridica di "frutto" nella *legis actio sacramento in rem* caratterizzata da una concezione naturalistica.

SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni* "de servitutibus" *e le formule delle azioni relative alla* "servitus oneris ferendi", in BIDR. 41 (1933), pp. 17 ss., in particolare p. 43 n. 2, esso sarebbe frutto di una interpolazione; così anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli (1949), p. 38. Forse, però, esso potrebbe essere l'indizio della difficoltà del giurista classico di prendere posizione in prima persona, difficoltà attestata in tutta la sua opera secondo il CASAVOLA, *Gaio e il suo tempo* cit., pp. 15-17 [= *Giuristi adrianei* cit., pp. 151-152], e soprattutto nelle *Institutiones* per il BRETONE, *In margine al dibattito gaiano*, in *Labeo* 12 (1966), p. 69, il quale fa riferimento proprio a D. 22, 1, 19 pr. come eccezione alla regola.

[84] Per il SEGRÈ, *La clausola restitutoria* cit., pp. 43-44, si tratterebbe di una «artificiosa denominazione per designare l'interesse all'esercizio o non esercizio della servitù, prescelta evidentemente per meglio raffigurare il parallelo coi *fructus* che vengono nella *restitutio* nelle altre *vindicationes*»; cfr. sul punto anche V. ARANGIO-RUIZ, Societas re contracta *e* communio incidens, in *Studi Riccobono* IV, p. 358 n. 3. Il SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* cit., pp. 37-38 coglie sottilmente una certa insoddisfazione del maestro classico nel riferire questa concezione di *fructus servitutis*, sciolta invece dai giustinianei con il *quod admittendum est.* Il MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz (1962), pp. 249-250 assume come significativo il confronto dogmatico tra *id quod interest, fructus* e *commodum*. Infine, per il METRO, *Fructus servitutis esse non potest?*, in *Iura* 23 (1972), pp. 104 ss., in particolare pp. 106-107, *fructus* sarebbe qui usato «in senso alquanto lato».

B. *La giustapposizione alle* fruges *dei* fructus *nell'*interpretatio *alla Legge delle XII Tavole e l'importanza dell'endiadi* fruges fructusque

Per Varrone nel *De lingua Latina*, come visto, non è sempre chiara la differenza, anche etimologica, tra *fruges* e *fructus*: la prima parola deriverebbe da *ferre,* la seconda da *frui* (*De l. L.* V, 37; vd. *supra* pp. 32 ss.)

In Festo (*De verb sign.* frux L. 81) sembrerebbe, invece, potersi collegare direttamente il più recente termine *frux,* che gli antichi chiamavano *frugis,* al *frui*[85]. *Frux* come forma recente di *frugis*, è a sua volta collegato a *fruges* (Varr. *De l. L.*, IX, 76; Prisc., *Gramm.,* III, 145, 10), forma arcaica dalla radice **frug-*[86].

La parola *fruges* significherebbe "*generatim de fructibus quae in agris nascuntur*"[87], in sostanza *frumenta et legumina,* segno non idoneo a contenere significati più ampi, come al contrario *fructus*, che esprime anche il prodotto naturale degli alberi e degli animali.

Il significato più circoscritto di *fruges* come *frumenta et legumina* trova conferma in D. 50, 16, 77 (sul passo *infra* pp. 219 ss.), dove è contenuta una definizione del termine con questo significato (*Frugem... non solum frumentis aut leguminibus*), da considerarsi, come è stato ora dimostrato, quella più antica[88]. Questa originaria nozione di *fruges*, caratterizzata dall'individuazione di categorie specifiche di prodotto agricolo, diviene oggetto di riflessione al fine di individuarne la connotazione caratteristica. Di qui la concezione di *fruges* dei grammatici (Donat. *Ad Ter. Eunuchus* V, 7, 46; Serv. *In Verg. Aen.* I, 178; Isid. *Orig.* XVII, 6, 23; XVIII, 3, 2; vd. *infra* pp. 223-224, n. 23), riflessa nella definizione criticata da Giuliano in D. 50, 16, 77 (*fruges omnes esse, quibus homo vescatur*), che avrebbe individuato nel soddisfacimento dei bisogni alimentari dell'uomo la caratterizzazione del concetto. La *iurisprudentia* sembra, al contrario, aver mantenuto

[85] *Frux, frugis dixerunt antiqui . Fructam et fructum.* La costruzione è problematica. Forse l'accusativo si spiega in termini di ellissi del verbo, non necessariamente *dixerunt.* Si tratta di due participi di *fruor*, il primo al femminile dato il genere di *frux*. Vd. sul punto R. LAMBERTINI, *Lapis crescere non potest*, in AG. 204 (1984), p. 105 e n. 10

[86] M. LEUMANN, *Lateinische Laut- und Formenlehre* cit., p. 534; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire* cit., p. 257, che parlano di «mot racine».

[87] BACHERLER, '*frux, -gis*' in *Thesaurus linguae Latinae*, VI, 1, fasc. VII (1975), coll. 1448 ss.

[88] Vd. a riguardo, con ampi approfondimenti F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 12, pp. 31-32, il quale precisa che quella di *fruges* come *frumenta et legumina* sarebbe una «categoria di *res* ottenuta per giustapposizione».

una nozione rigorosa della categoria, nel senso di *frumenta et legumina* (vd. ancora PS. 3, 6, 78)[89].

È possibile il confronto tra *fructus* e *fruges* per *lex XII tab.* 8. 8a[90]. I moderni editori giustamente preferiscono in *tab.* 8. 8a *fruges*, ritenendo questo l'uso più antico rispetto alla fattispecie regolata nella disposizione. Ciò implica processi interpretativi sul testo decemvirale che abbiano coinvolto *fruges* e che possano aver condotto, attraverso la mediazione dell'endiadi *fruges fructusque*, ad un potenziamento dei prodotti agricoli tutelati dalla disposizione decemvirale, che la più rigida nozione di *fruges* impediva, attraverso la giustapposizione di *fructus*[91], in quanto unico termine idoneo a contenere, oltre i *frumenta et legumina*, ogni altro prodotto della terra e degli alberi in essa[92].

[89] È merito dello Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., *passim*, aver svolto in tutta la loro ricchezza dogmatica le definizioni presenti in D. 50, 16, 77. La sua ipotesi ricostruttiva del rapporto storicamente complesso tra queste diverse nozioni di *fruges* mi sembra sostanzialmente condivisibile. Forse qualche dubbio potrebbe emergere sulla sicura influenza della nozione stoica di *fructus* (Cic. *De off.* I, 7, 22: *... ut placet Stoicis, quae in terris gignantur ad usum hominum omnia creari...*), che trova accoglimento nella *iurisprudentia* con Labeone (D. 33, 2, 42; sul passo vd. *infra* pp. 181 ss.), sulla nozione «teleologica» di *fruges* ricordata in D. 50, 16, 77. Quest'ultima, infatti, potrebbe anche soltanto essere il risultato definitorio maturato nella *ars grammatica*, coerentemente ad una presunta derivazione di *frux* da *frumen*. Vd. comunque *infra* , pp. 219 ss.

[90] Sen., *Nat. quaest.* 4, 7, 2: *in XII tab. cavetur: NE QUIS ALIENOS FRUCTUS EXCANTASSIT*; Plin., *Nat. hist.*, 28, 2, 10 ss. : *non et legum ipsarum in XII tab. verba sunt: QUI FRUGES EXCANTASSIT*. Per il Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., pp. 97 ss., in relazione a Paul. D. 50, 16, 77 (su cui vd. *infra* pp. 219 ss.), nel quale si pone un problema di sostituzione tra *frux* e *fructus*, il rapporto tra queste parole, insieme altresì a *frumentum*, concreterebbe «una serie di contenitori decrescenti» (p. 103). Questo A. accentua, poi, nel passo summenzionato, l'uso del singolare *frugem*, che potrebbe avere «un significato diverso da quello dello stesso al plurale» (p. 105), acquisendo un senso analogo a *fructus* (p. 107). Rispetto alle XII Tavole vd. altresì le considerazioni di F. Zuccotti, *"... Qui fruges excantassit... "*, in *Atti III Seminario Giuridico Gardesano*, Milano (1988), pp. 81 ss., che ritiene *fructus* parola «recenziore» rispetto «all'antica dizione *frux*» (p. 122 n. 57); sul punto vd. ora ampiamente in *Fruges fructusque* cit., § 10, pp. 23 ss.

[91] Sia la citazione di Seneca (*in XII tab. cavetur*), sia quella di Plinio (*in XII tab. verba sunt*), sembrano letterali. Si potrebbe quindi pensare a commentari diversi, i quali nel caso di Seneca rendevano un testo già integrato secondo l'interpretazione dominante nel I sec. d. C., quindi, in relazione al testo decemvirale, o i commentari più antichi di Sesto Elio e L. Acilio, oppure probabilmente quello più recente di Labeone. D'altronde la notizia di Fest., *De verb. sign.* s. v. *frux* (L. 81; vd. *supra* n. 85) a noi pervenuta attraverso l'epitome di Paolo, attingeva agli *auctores* di Verrio Flacco.

[92] Sull'importanza dell'endiadi *fruges fructusque* insiste, ora, giustamente, F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., *passim* e § 14 p. 39, il quale, in relazione a D. 39, 3, 1, 7, ritiene «notevole

Fruges fructusque esprime «tutto il raccolto (cereali, legumi e frutti d'albero)» della terra ed è usato da Cic., *De off.* II, 3, 12; Cic., *De nat. deor.*, 2, 14, 37; 3, 36, 86. Lo svolgimento semantico ipotizzato, se posto in relazione a Fest., *De verb. sign.* Pecunia sacrificium (L. 287: *pecunia sacrificium fieri dicebatur cum fruges fructusque offerebantur, quia ex his rebus constant quam nunc pecuniam dicimus)* sembra peraltro molto antico[93].

Fondamentale, poi, l'uso di *fruges fructusque* in Lab. D. 39, 3, 1, 7 in materia di *actio aquae pluviae arcendae.* Si è, infatti, all'interno di un contesto che, trattando dei limiti della responsabilità per l'*aqua nocens* in caso di *opus agri colendi causa factum,* potrebbe riflettere un uso da parte di Labeone di stilemi più antichi, ai fini di un'estensione delle opere agricole escluse dalla responsabilità per *aqua nocens* sensibile ad «un'ampia libertà nello sfruttamento agricolo del fondo»[94], stilemi maturati già nell'*interpretatio* alle XII Tavole[95].

Tutto questo depone per una progressiva estensione di applicazione di disposizioni della Legge delle XII Tavole o di regole della giurisprudenza pontificale attinenti alle *fruges,* irrealizzabile in termini di estensione semantica del termine. Soltanto ricorrendo alla giustapposizione alle *fruges* dei *fructus,* attraverso l'endiadi *fruges fructusque*, la giurisprudenza pontificale riesce ad estendere l'applicabilità delle disposizioni ricordate. Data la risalenza di questi processi linguistici realizzati nell'ambito dell'interpretazione giuridica, mi sembra confermata la adeguatezza di ricorrere a *fructus* e non a *fruges* nel testo di *tab.* 12, 3 come ricostruito in base alla notizia di Festo (s. v. *vindiciae* L. 516).

l'endiadi *frugum fructuumque*... nella quale, se il primo termine ricomprende evidentemente *tam frumenta quam legumina*, esso viene giustapposto al secondo appunto in quanto – mentre le *fruges* non appaiono concettualmente dilatabili, almeno in senso proprio, oltre i confini costituiti da tali componenti – *fructus* risulta viceversa termine idoneo... ad indicare ogni altro prodotto agricolo».

[93] In rapporto a *pecunia* vd. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I* cit., p. 37.

[94] Così ora F. Sitzia, Aqua pluvia *e* natura agri. *Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari (1999), p. 90. Sul rapporto del criterio labeoniano con la definizione di *frux* di Giuliano in Paul. D. 50, 16, 77 vd. *infra*. pp. 219 ss.

[95] Vd. sul passo M. Sargenti, *L'*actio aquae pluviae arcendae. *Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano (1940), p. 76 n. 1; F. Sitzia, *Ricerche in tema di* actio aquae pluviae arcendae. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano (1977), pp. 75-77, p. 76 e n. 15; Id., *Aqua pluvia* cit., pp. 86 ss.; F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 10, pp. 23 ss.

C. Glans *come* omnis fructus ex arbore *nella* interpretatio *alla Legge delle XII Tavole*

Nelle fonti c'è traccia di un altro processo interpretativo che coinvolge un termine delle XII Tavole, ed in particolare la parola *glans*, accordandogli il significato di *omnis fructus ex arbore*. Qui, a differenza del processo interpretativo che coinvolge il termine *fruges,* la giurisprudenza pontificale applica in modo più esteso la disciplina relativa a particolari prodotti naturali ascritti in *glans* grazie ad un'estensione del significato del termine, che risulta dilatabile fino a ricomprendere ogni frutto d'albero[96].

La *lex XII tabularum* 7, 10, in base a Plin. *Nat. Hist.* 16, 5, 15, recita «*glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*»[97]. Tale disposizione fonda un'*actio legitima* ascritta nell'*agere per certa verba*, la quale dà tutela alla facoltà di raccogliere le *glandes* che cadono nel fondo altrui.

Ad essa si collega il più recente *interdictum de glande legenda* del Pretore. Per mezzo di questo il *dominus agri* dal quale fossero cadute le *glandes,* ogni due giorni ha il diritto di raccoglierle nel fondo altrui[98]. Se gli fosse stata impedita la raccolta, avrebbe potuto esperire l'interdetto proibitorio[99].

[96] Sulla portata dell'operazione interpretativa realizzata nel pieno rispetto formale della lettera della disposizione decemvirale, ora, F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 11, pp. 26-31.

[97] Vd. da ultimo sulla disposizione D. Flach, *Die Gesetze* cit., p. 164. I moderni interpreti discutono sul significato della disposizione. Per la Patault, *Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République*, in RHDFE. 55 (1977), pp. 253-254, più che una limitazione della proprietà del fondo dove sono cadute le *glandes*, si tratterebbe di una regola tesa a precisare il *ius fruendi* del «propriétaire du chêne». Per la Bignardi, Actio, interdictum, arbores. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index* 12 (1983-84), in particolare pp. 514-517, sebbene la norma può considerarsi limitatrice del diritto di proprietà del fondo nel quale sono cadute le ghiande (p. 514), essa si presenta più come una norma che «autorizzava... l'esercizio del diritto sui frutti», rivolgendosi al *dominus fructuum* e non al *dominus fundi* (p. 516). Tale distinzione, però, non dà conto, a mio avviso, del modo nel quale poteva porsi all'epoca decemvirale la questione. I pontefici, infatti, non avrebbero distinto tra un proprietario dei frutti ed uno del fondo, ma avrebbero accordato la facoltà di raccolta delle *glandes* cadute nel fondo del vicino al titolare del *meum esse* sull'*ager* comprensivo anche degli alberi. Per il Palma, *Iura vicinitatis*, Torino (1988), pp. 77-78, si tratterebbe di un istituto diretto a tutelare la solidarietà della *vicinitas*. In tal senso, la norma decemvirale sarebbe tesa a prevenire contrasti tra chi afferma di dover raccogliere le proprie ghiande (perché cadute dagli alberi impiantati nel proprio fondo) e chi vuole impedire uno sconfinamento; vd. ora sul punto, esattamente, G. Falcone, 'Iurgium', 'lis', 'vicinitas': *un'*interpretatio *ciceroniana tra politica e diritto*, in AUPA. XLIII (1995), pp. 489-492 n. 46.

[98] Sul significato del *tertio quoque die* e sull'importanza della sua assenza nel testo decemvirale vd. ora A. Bignardi, *Actio, interdictum, arbores* cit., p. 515.

[99] Sull'interdetto vd. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II, 1, p. 282; U. Brasiello,

Fondamentali sono una serie di passi che attestano l'interesse della giurisprudenza per il segno *glans* contenuto nelle XII Tavole, al fine di estendere l'applicazione della disposizione decemvirale ad ipotesi analoghe, interesse che sfocia in una sua estensione semantica come *omnis fructus ex arbore*.

Da un punto di vista agricolo, *glans* significa essenzialmente ghianda, bacca, 'frutto secco' prodotto dalla quercia, dal faggio, dal noce, dal mandorlo, dal castagno ecc.[100], frutti che l'uomo mangia, ma anche alimento essenziale per i maiali, allevati in Roma fin da età arcaica[101]. Nell'immaginario tardorepubblicano il confronto *glans - fruges - fructus* innesta riflessioni antropologico-evolutive[102], e collega al passaggio dalle ghiande alla coltura a 'frutti' un significativo mutamento del *pantheon* della *civitas*: *Ceres*[103].

Il ricorso a *glans* nelle XII Tavole doveva avere uno specifico significato, segnando una delimitazione della rilevanza della fattispecie che l'interpretazione successiva viene ad eliminare[104]. Per questo tipo di frutti arboricoli,

Interdictum de glande legenda, in NNDI. 8 (1962), p. 801; e di recente, A. Bignardi, *Actio, interdictum, arbores* cit., pp. 514-517; A. Palma, *Iura vicinitatis* cit., pp. 83 ss. Sul rapporto tra *lex XII tab.* 7, 10 e editto del pretore, cfr. anche M. Lauria, *Ius Romanum*, I, 1 cit., pp. 42-43; G. Falcone, *'Iurgium', 'lis', 'vicinitas'* cit., pp. 489-492 n. 46.

[100] Sulle *arbores glandiferae* vd. Plin. *Nat. hist.* XVI, 1, 1 ss.; XVI, 8, 19: *glandem quae proprie intellegitur, ferunt robur, quercus, aesculus, cerrus, ilex, suber.* Sull'esclusione dai *poma* delle *glandes* Plin. *Nat. hist.* XV, 24, 26: *glandes inter poma numerari non possunt.* Vd. G. Meyer, s. v. *Glans*, in *Th. l. L.* VI, 2, X (1975), coll. 2030 ss.

[101] A riguardo vd. P. de Francisci, *Primordia civitatis* cit., p. 117; F. De Martino, *Storia economica* cit., I, p. 3.

[102] Cic. *De Orat.* IX, 31: *quae... in hominibus tanta perversitas, ut inventis frugibus glande vescantur?*; Lucr. *De rer. nat.* 5, 1416: *odium... glandis;* Hor. *Sat.*, 1, 3, 100: *animalia* [scil. *prisci homines*] *glandem atque cubilia propter... pugnabant.;* Plin., *Nat. hist.* XVI, 1, 1: *Proximum erat narrare glandiferas quoque, quae primae victum mortalium aluerunt nutrices inopis ac ferae sortis.*

[103] Plin. *Nat. hist.* VII, 191: *Ceres frumenta invenit, cum antea glande vescerentur*; Verg. *Georg.* 1, 8: *vestro* [scil. *liberi, Cereris*] *si munere tellus Chaoniam pingui glandem mutavit arista*; 2, 67 *Chaonii, patris glandes* ; Ov. *Fast.* 402: *Ceres mutavit glandes utiliore cibo.* Vd. K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München (1967²), pp. 71-72; 101; 161. Sul rapporto tra *Ceres* e *Tellus* vd. Ov. *Fast.* I, 674: *haec [Ceres] praebet causam frugibus, illa [Tellus] locum*. Vd. per la *communis opinio* (*Ceres* come divinità indigena - almeno fino al III sec. a. C - e 'specializzata') A. Pestalozza, *I caratteri indigeni di Cerere*, Milano (1897); Id., *Ceres*, in *Diz. ep. ant. rom.*, pp. 204-211; G. Wissowa, *Ceres*, in PWRE, III, coll. 1970-1979; Id., *Religion und Kultus der Römer*, München (1912)², pp. 191 ss.; pp. 297 ss.; H. Le Bonniec, *Le culte de Céres a Rome*, Paris (1958), p. 13, pp. 21 ss.; D. Sabbatucci, *La religione di Roma antica*, Milano (1988), pp. 126 ss.

[104] Per il Watson, *The Law of Property* cit., p. 120 è questa l'ipotesi più probabile. Vd. anche F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 11 pp. 26-31, sebbene questo A. estenda questa notazione anche all'interdetto *de glande legenda*.

infatti, il momento della raccolta è successivo alla loro spontanea caduta dall'albero che li produce[105]. Di qui la facoltà di *colligere* le *glandes* data al *dominus* del fondo nel quale si trova l'albero, sebbene queste siano cadute nel fondo altrui. Era questo l'àmbito originario di rilevanza della questione, coerente alle evidenziate caratteristiche dell'economia della *civitas* arcaica.

L'*interpretatio* sulle XII Tavole, però, viene a fissare un'estensione del significato di *glans* fino a comprendervi l'*omnis fructus ex arbore,* estendendo quindi l'originaria applicazione della norma decemvirale anche ai *poma*.

> *Gaius libro quarto ad legem XII tabularum* D. 50, 16, 236, 1
> *'Glandis' appellatione omnis fructus continetur, ut Iavolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species* ἀκρόδρυα *appellantur.*

Gaio nel suo commento alle XII Tavole, richiamandosi a Giavoleno, ritiene che nell'*appellatio glandis,* relativa a *tab.* 7, 10[106], sia contenuto 'ogni frutto' (da albero) e ciò analogamente al termine greco ἀκρόδρυα che conterrebbe appunto tutte le specie di frutti d'albero. Il richiamo al *sermo Graecus* chiarisce che l'equiparazione opera rispetto ai frutti da albero, qualsiasi essi siano e non più soltanto quelli da *arbores glandiferae*. Ἀκρόδρυα, che *ab antiquo* ha il significato di «frutta secca d'albero», contrapposto a ὄπωρα (*poma*), viene nel greco dal I sec. d. C. ad estendersi ad ogni frutto d'albero[107].

Bisogna approfondire la derivazione da Giavoleno del significato ampio di *glans*. È stato sostenuto che Gaio avrebbe tratto la citazione di Giavoleno dal quattordicesimo libro "*De legibus*" dei suoi *libri ex Cassio*[108]. Al contrario, però, sappiamo che, nella sua epitome ai *Posteriores* di Labeone (Labeo 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 2), Giavoleno trattava del problema della *glans caduca* in relazione ad una vendita quinquennale della *silva caedua*[109].

Il collegamento col greco ἀκρόδρυα potrebbe deporre, poi, per una derivazione da Labeone stesso, mediata dall'opera di Giavoleno[110], coerente con l'estensione semantica del termine greco a cavallo tra I sec. a. C. e I sec. d. C.

Se si tiene conto che l'approfondimento di cui *glans* è oggetto trova il suo momento fondante nella interpretazione alle XII Tavole[111], è plausibile pensare che fonte indiretta dell'*interpretatio* riferita da Gaio nel suo commento alla *lex XII tab.* possa essere stata, attraverso i *Posteriores* di Labeone epitomati da Giavoleno, proprio il commento del giurista augusteo alle XII Tavole. In esso, dato l'acquisito significato esteso di *glans* nella interpretazione repubblicana alle XII Tavole, il giurista augusteo avrebbe colto l'analogo processo linguistico riscontrabile per il greco ἀκρόδρυα.

D'altronde, una volta acquisito, il significato di *glans* come «ogni frutto d'albero» avrebbe trovato applicazione anche ad altri istituti, come appunto quello relativo all'*interdictum de glande legenda*. Anche l'interpretazione giurisprudenziale della formula interdittale, infatti, applica al *nomen glandis* il significato di *omnes fructus ex arbore* (Ulp. *71 ad ed.* D. 43, 28, 1 pr. -1).

A quando è possibile far risalire l'equiparazione *glans=omnis fructus ex arbore*?

Il testo delle XII Tavole che Plinio il Vecchio nel I sec. d. C. cita in materia (*Nat. hist.* XVI, 5, 15) contiene ancora il richiamo esplicito a *glans*. Il processo interpretativo che coivolge la parola, quindi, non aveva determinato un mutamento del testo della legge, ma rimaneva inserito nell'àmbito della *interpretatio* a questa[112].

[105] Per l'età arcaica sono le *glandes* (castagne, noci, mandorle ecc.) i frutti d'albero per eccellenza. Come frutta da albero (*pomum*) si conosce solo il *ficus*, vd. ora V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 64-65.

[106] Per il LAURIA, *Ius Romanum* cit., I, 1, pp. 42-43, Gaio (D. 50, 16, 236, 1) commenterebbe la disposizione decemvirale in materia di *actio de pastu pecoris.*

[107] Cfr. s. h. v. *Thesaurus Graecae linguae*, I, 1, Paris (1831), coll. 1317-1318. Qualche dubbio sulla perspicuità della giustificazione linguistica di Gaio solleva ora F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 11 n. 96.

[108] È questa l'ipotesi di U. MANTHE, *Die* libri ex Cassio *der* Iavolenus Priscus, Berlin (1982), pp. 241-242, escludendo i *Posteriores* labeoniani in base al fatto che Gaio cita soltanto Giavoleno, mentre D. 18, 1, 80 è della cd. serie-*Labeo*.

[109] Labeone ricorda a riguardo un parere di Servio Sulpicio Rufo che modellava il diritto alla *glans* degli alberi cedui oggetto di vendita sulla particolare modalità di realizzazione della *traditio,* cioè il taglio degli stessi. Se la *glans* fosse caduta da un albero non ancora tagliato, allora essa sarebbe del venditore della *silva cedua*, se al contrario essa fosse caduta dall'*arbor caesa* allora sarebbe stata dell'acquirente. Contro l'ipotesi del Manthe, già R. BACKHAUS, in ZSS. 100 (1983) R. A., p. 623; e F. BONA, *I* Libri iuris civilis *di Cassio e i* libri ex Cassio *di Giavoleno*, in SDHI. 50 (1984), p. 412-413 n. 30.

[110] Sulla consuetudine labeoniana di richiamare termini greci nelle sue argomentazioni giuridiche vd. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2] cit., pp. 188-190. Per l'argomento seguito nel testo vd. F. BONA, *I* Libri iuris civilis *di Cassio* cit., p. 413 n. 30; pensa a Giavoleno, invece, O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole* cit., p. 408.

[111] Il BRETONE, *Il giureconsulto interprete della legge*, in *Labeo* 15 (1969), p. 304 accentua il collegamento 'diretto o indiretto' del passo con le XII Tavole.

[112] Ingiustificata l'ipotesi del FLACH, *Die Gesetze* cit., p. 164, secondo la quale proprio la

Al tempo d'emanazione dell'interdetto *de glande legenda*, poi, all'incirca il III-II sec. a. C.[113], il divieto di impedire l'esercizio della facoltà di raccolta al *dominus* del fondo (comprensivo delle *arbores*) da dove era caduta la *glans*, non avrebbe mantenuto la dizione arcaica, se essa non avesse già acquisito un significato più ampio, appunto quello di 'tutti i frutti' caduti dagli alberi, prevedendo un autonomo interdetto *de pomo legendo* o *de fructu legendo*[114]. Il dato trova altresì conferma nell'aumento significativo di produzione di *poma* dal IV sec. a. C.[115].

Siamo quindi di fronte ad una nozione di *glans* che nel III-II sec. a. C. ha già acquisito il significato di *omnis fructus ex arbore*. È coerente, da un lato, che Alfeno Varo in D. 50, 16, 205, ritiene di ascrivere nel *pomum* anche le *nuces*[116], contro il rigore di Plinio (*Nat. hist.* XV, 24, 26), e d'altro lato che Q. Mucio dà per naturale che il *pomum* sia un *fructus* (D. 22, 1, 45; vd. *infra* pp. 108 ss.)

È possibile raccogliere le fila del nostro discorso. Le XII Tavole parlano di *glans*. Prima dell'emanazione dell'interdetto *de glande legenda* (ca. III-II sec. a. C.), il termine ha già assunto il significato di *omnis fructus ex arboris* (Ulp. D. 43, 28, 1 pr. -1) e per questo il pretore mantiene la terminologia decemvirale[117]. Questa estensione semantica di *glans* riemerge nel

testimonianza di Plinio il Vecchio proverebbe che il significato esteso sarebbe stato proposto da Giavoleno. Non c'è dubbio, infatti, che l'interpretazione di *glans* come *omnis fructus ex arbore* sia propria dell'*interpretatio* repubblicana alle XII Tavole, ed è quindi a questa che si deve pensare. A questo riguardo è probabile che se al tempo di emanazione dell'interdetto nell'Editto pretorio (III-II sec. a. C.) *glans* avesse avuto ancora il limitato significato di frutto derivante da *arbores glandiferae* escluse quelle *pomiferae*, il pretore avrebbe sancito una rubrica *de fructu legendo*. La citazione della disposizione delle XII Tavole in Plinio, poi, è legata ad un contesto nel quale riemerge un'interpretazione evoluzionistica dell'economia agricola dallo stato più antico (a bacche) a quello più moderno (a frutto).

[113] Sulla maggiore antichità degli interdetti proibitori, in base ad argomenti linguistici e sostanziali, L. Labruna, *Vim fieri veto* cit., pp. 62-69; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* cit., II, pp. 368 ss.; Id., *Interdetti*, in ED. XXI (1971), pp. 918-920. Non mi sembra adeguata al quadro economico (potenziamento della frutticoltura nel IV sec. a. C) e giuridico (origine della tutela interdittale, ed in particolare degli interdetti proibitori, ed estensione semantica di *glans* come conseguenza dell'*interpretatio* alle XII Tavole) l'ipotizzata origine alta (contemporanea alle XII Tavole) dell'interdetto dello Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 11 p. 29.

[114] Cfr. giustamente A. Watson, *The Law of Property* cit., pp. 120-121.

[115] V. A. Sirago, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 64-65.

[116] Il Reinoso Barbero, Definitio periculosa: *Javolen o Labeon ?*, in BIDR. 90 (1987), p. 317 accentua il collegamento con D. 50, 16, 205, che proverebbe come Alfeno nel «término *pomum* incluye todos los fruitos secos».

[117] Così A. Watson, *The Law of Property* cit., p. 120.

commentario gaiano *ad legem XII tabularum* in collegamento proprio alla *interpretatio* delle XII Tavole[118], cosa che Gaio acquisisce indirettamente, attraverso la mediazione di Giavoleno, dai commentari alle XII Tavole di Labeone.

Di nuovo processi interpretativi maturati sulle XII Tavole mostrano il ricorso a *fructus*, in questo caso per estendere il significato di un altro *verbum legis: glans*.

5. *Conclusioni: indizi della esistenza di una nozione naturalistica di «frutto» predecemvirale che affonda le sue origini nel* frui *della terra e del bestiame della* gens *e della terra pubblica. Nuova prospettiva innestata dal* meum esse *e sua rilevanza per la fattispecie regolata in* tab. *12, 3. Affinamento interpretativo della nozione di* fructus, *che ne importa la verifica in relazione ad altri prodotti naturali*

Fructus, a differenza di *fruges*, di *glans*, di *seges*, di *baca*, indica tutti i prodotti naturali della terra e del bestiame già nei *mores* predecemvirali. La forma economica di produzione dell'organizzazione gentilizia è adeguata a questa estensione ed alla autonomia concettuale del prodotto dalla cosa-madre. Questa autonomia preesiste e viene sviluppata anche nell'àmbito dello sfruttamento della terra publica. Ciò favorisce la maturazione di regole per l'acquisto dei frutti indipendenti da un potere del singolo sulla cosa-madre, dirette invece a privilegiare l'attività dell'uomo che concorre alla produzione o alla percezione del frutto.

Con l'introduzione della forma individuale di appartenenza del *meum esse ex iure Quiritium* si dimostrano non adeguate queste regole maturate nelle costumanze predecemvirali. I pontefici, quindi, attingendo al panorama concettuale esistente, sanciscono una nuova regola per l'acquisto dei frutti come estensione del potere sulla cosa-madre. Da ciò discende la disposizione di *tab.* 12, 3, secondo la quale l'eventuale percezione dei frutti dalla cosa controversa durante le more della *legis actio sacramento in rem* da parte di chi sia risultato soccombente è considerata un'appropriazione ille-

[118] Per il Benke, *Exemplum contra legem*, in T. 57 (1989), p. 288, si tratterebbe di un'interpretazione contro il tenore della legge, ma, come ha evidenziato il Watson, *The Law of Property* cit., p. 121, questa «misinterpretation» della disposizione decemvirale serviva a «to widen its scope», condizionata per altro da esigenze collegate alle trasformazioni della coltura agricola dal V sec. a. C. al III-II sec. a. C.

cita, sebbene avvenuta durante la *possessio* della cosa-madre fondata su un atto magistratuale, in quanto il possessore interinale sottrae questi beni all'avente diritto, cioè chi abbia affermato vittoriosamente il *meum esse ex iure Quiritium* sulla cosa-madre.

È un grande cambiamento di prospettiva che condiziona ancora oggi il fondamento giuridico dell'acquisto dei frutti, come estensione della proprietà sulla cosa madre.

Con *tab.* 12, 3, peraltro, *fructus* diviene oggetto di riflessione nella *interpretatio* dei pontefici prima e dei giuristi laici poi. Questa attenzione sembra collegarsi a riflessioni che coinvolgono precetti della *lex* che contengono la parola (*tab.* 12, 3: ... *fructus duplione...)* o che realizzano processi interpretativi di chiarimento di altri *verba legis* (*tab.* 8, 8a: *fruges*; *tab.* 8, 7: *glans*). Negli svolgimenti interpretativi che coinvolgono le parole esaminate, riemerge un processo di 'estensione' semantica di *fructus* che coinvolge *fruges* e *glans*.

Se si tiene, poi, conto delle cose possibili oggetto di *legis actio sacramento in rem*, della concezione più antica che riemerge in D. 22, 1, 19 pr. in relazione a cose naturalmente infrugifere o alle servitù prediali rustiche, e dei processi che coinvolgono *fructus* rispetto a *fruges* e *glans*, si coglie in tutta la sua dinamica lo sforzo di affinamento concettuale che coinvolge la nozione rispetto alle sue origini.

L'originaria nozione di *fructus* come prodotto naturale che nasce dalla terra e dal bestiame, viene così vagliata rispetto ad ogni altro possibile oggetto di *legis actio sacramento in rem* (si pensi allo schiavo e al *fructus hominis*). Questo affinamento concettuale doveva trovarsi, per gli svolgimenti più antichi, già nei *Tripertita* di Sesto Elio Peto, prima della fondazione su nuove basi del *ius civile* da parte di P. Mucio Scevola, Giunio Bruto e M'. Manilio.

CAPITOLO II

ADEGUAMENTO DELLA CONCEZIONE PIÙ ANTICA DI *FRUCTUS* A NUOVE FORME DI REDDITO (*USURAE, MERCEDES, OPERAE*) NELLA GIURISPRUDENZA TARDO-REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. L'iniziale contrappunto tra delimitazione del contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto della cosa, e suo successivo superamento. 2. La *vetus quaestio* sul *partus ancillae* nella *iurisprudentia* del II sec. a.C. rappresenta un momento di verifica della nozione naturalistica di frutto. 3. Il *ius controversum* tardorepubblicano e di inizio principato in materia di *fetus pecudum* riflette due regole relative al modo d'acquisto dei nati dagli animali. 4. La nozione di *fructus* nei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola *pontifex* come bene nuovo nato *ex ipso corpore* della cosa madre: A. D.50,16,121: *usura pecuniae in fructu non est*. L'esclusione degli interessi pecuniari percepiti dalle somme date in prestito viene fondata sul non soddisfacimento del requisito della derivazione del frutto dall'*ex ipso corpore*; B. Il *fructus ex facto natus*: l'acquisto dei frutti della cosa donata da parte del coniuge donatario è limitato a quelli che possono considerarsi prodotti esclusivi del suo lavoro, dando rilievo al cd. principio di produzione D.22,1,45. 5. La nozione di frutto nei *responsa* di Servio conferma un adeguamento della nozione naturalistica a prodotti separabili dalla cosa-madre senza intaccarne la capacità produttiva e a nuove forme di reddito che la cosa dà attraverso negozi giuridici che la coinvolgono: A. *Frumentum, fruges, glans, pomum* e loro rapporto col *fructus fundi*; B. L'*omnis fructus* del fondo contiene anche i materiali tratti dal bosco e dal canneto cedui in quanto prodotti periodici del fondo da questo separabili senza diminuirne la capacità riproduttiva D.18,1,40,4; C. Il frutto delle *operae libertorum* è incluso nel risarcimento per la mancata prestazione delle operae promesse dai liberti ed esclusione dalla stima dell'eventuale *commodum* del patrono D.38,1,26 pr.-1; D. Accostamento in chiave analogica tra *operae servorum* e *fructus fundi*; D.40,7,14 pr. 6. Conclusioni: la concezione naturalistica di frutto come cosa che nasce periodicamente da altra cosa senza intaccarne la sostanza e suo riadeguamento nella giurisprudenza tradorepubblicana.

1. *L'iniziale contrappunto tra delimitazione del contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto della cosa, e suo successivo superamento*

L'*interpretatio iuris* relativa all'*usus fructus* si è concentrata originariamente su *fructus*, come contenuto essenziale del pieno godimento (*uti frui*) della cosa altrui riflesso nel diritto del *fructuarius*[1].

[1] Sull'idoneità della locuzione *fructus* ad esprimere l'ampia posizione di godimento co-

Una tale prospettiva, non giustificata come tale in base all'*intentio* della *petitio usus fructus* come è possibile ricostruire in base alle fonti classiche[2] (SI PARET Ao Ao IUS ESSE EA RE Q.D.A. UTI FRUI)[3], doveva essere, invece, naturale per la *iurisprudentia* coeva per due ragioni. Da un lato tale angolatura era normale per chi avesse come principale punto di riferimento quello del sistema eliano, nel quale si era consolidata l'*interpretatio* sull'*in fructu esse* in materia di *l.a. sacramento in rem ex lege XII tab.* 12.3, condizione necessaria

stituita dal *frui* vedi Plaut., *Cas.* 837-839 (commedia di poco posteriore al *sc. de bacchanalibus* del 186 a. C.): OL.: *heus tu, malo, si sapis, cavebis; meas haec.* LY.: *scio, sed meus fructust prior*; Cat., *De agri cult.* 150: *fructum ovium hac lege venire oportet /... /hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum/ et kal. Iun. emptor fructu decedat/... /oves quae non peperint binae pro singuli in fructu cedent* (da cfr. con il *pabulum frui accipito ex kal. septembribus* della *lex* sulla vendita del *pabulum hibernum*; *de agri cult.* 149). Sebbene in queste fonti non si tratti di *fructus* come *ius in re aliena* (M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in AUPA. XXVIII [1961], pp. 18-19 n. 6), ciò non significa che il termine non abbia qui «valore giuridico» come vuole M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 37 n. 52. La cosa mi sembra evidente quantomeno per il formulario catoniano, A. WATSON, *The Law of Property* cit., pp. 203 ss.

Si riferiscono all'*usus fructus* Cic., *ad fam.* 7, 29, 1: *sum enim 'chresei men' tuus, 'ktesei de' Attici nostri. ergo fructus est tuus, mancipium illius*; 7, 30, 2: *cuius quum proprium te esse scribis mancipio et nexo, meum autem usu et fructu, contentus isto sum.* (uso metaforico); *De fin.* I, 4, 12: *an partus ancillae sitne in fructu habendus...*; D. 7, 1, 68 pr. Ulp. *17 ad Sab.: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret:... neque enim in fructu hominis homo esse potest...*; D. 50, 16, 121 Pomp. *6 ad Q. Muc.: Usura pecuniae... in fructu non est...* Tracce ancora evidenti di questo ruolo essenziale di *fructus* nella delimitazione del godimento espresso con l'*usus fructus* si rinvengono nei *tres libri iuris civilis* di Sabino: D. 7, 1, 7 pr.: *Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet et ...*; Vat. 71b =D. 7, 1, 21: *... si [usus* D. *] fructus servi legatus sit.*

[2] O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig (1927[3]; rist. Aalen 1985), pp. 190 ss.

[3] Che l'*usus fructus* abbia trovato, similmente alle più antiche servitù rustiche, tutela nella *legis actio sacramento in rem* è ipotesi del KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschr. Koschaker* I (1939), pp. 445 ss., in particolare pp. 458-478: *hunc ego (usum) fructum meum esse aio ex iure Quiritium* (p. 465); ID., *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 19-20. Essa non ha trovato consensi (G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino s. d. ma 1944, pp. 20 ss.; ID., *Usufrutto*[2] cit., pp. 25-26; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I pp. 4-11), in relazione anche all'origine dell'istituto (la prima metà del II sec. a. C.) per cui è molto più probabile che esso abbia trovato tutela esclusivamente nell'*agere per concepta verba* in termini di *ius in re aliena*. Vd., sia in relazione alla *intentio* della *petitio usus fructus* che all'*actio negatoria*: *si... tibi concessero ius mihi uti frui non esse* (Pomp. *33 ad Sab.* D. 8, 3, 20 pr.); *contendat ius sibi esse uti frui* (Pomp. *10 ex var. lect.* D. 39, 3, 22 pr.); *aget Titius ius sibi esse utendi fruendi* (Cels. *27 dig.* D. 21, 2, 62, 2); *intendimus... ius aliquod nobis competere, velut... <uten>di fruendi* (Gai. IV, 3); *agere non esse ei ius uti frui invito se* (Papin. *11 resp.* in Marcian. D. 20, 1, 11, 2); *invito se negat ius esse... utendi fruendi fructuario* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 7, 6, 5 pr.); *uti frui ius sibi esse intendere* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 7, 6, 5 pr.); *ius sibi esse... frui intendere* (Paul. *21 ad ed.* D. 8, 5, 9 pr.).

della possibilità di vedere un *usus fructus* non solo in rapporto ad agri o a capi di bestiame, ma altresì a schiavi e case[4], 'beni' per i quali un presunto concetto di usufrutto come proprietà dei frutti non sarebbe appropriato[5] e nemmeno un limitato scopo alimentare dell'istituto. D'altro lato, il significato di *fructus* che non è soltanto la cosa, il frutto in senso corporale, ma altresì il godimento espresso dal *frui*, caratterizzato appunto dall'appropriazione del frutto[6].

Grazie quindi alla nozione di frutto come fissata nella interpretazione alle XII Tavole, possono precisarsi gli esatti confini del contenuto dell'*uti frui*[7]. In un secondo momento, la giurisprudenza sentirà come non adeguata questa delimitazione, accentuando la prospettiva del *quod ad fructuarium pertinet*, del *reditus* e dell'*emolumentum rei*. Ciò peraltro condizionerà anche la necessità di esplicitare il rapporto tra *ius utendi fruendi* e frutto corporale[8].

[4] La *vetus quaestio* presuppone un *usus fructus servi*; vd. altresì Q. Mucio in Paul. D. 40, 12, 23 pr. (vendita dell'usufrutto dell'*homo liber bona fide serviens*); Cic. *Top.* 3, 17 (*usus fructus servi*); *ad fam.* 4, 21 (*usus fructus ancillarum*); *Top.* 3, 15 (*usus fructus aedium*); *pro Caec.* 4, 11 (*usus fructus bonorum meorum*); presuppone probabilmente un legato d'usufrutto di tutto il patrimonio anche la regola muciana tramandata da Pomp. in D. 50, 16, 121, vd. *infra* pp. 100 ss.

[5] Vd. la puntuale osservazione contro la tesi del Kaser del GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., p. 21: «anzitutto le origini dell'usufrutto non sono così risalenti, come quelle delle servitù; e l'instaurare, come fa il Kaser, un rapporto col *mancipium* è cosa assai ardua. D'altra parte, accanto al fondo, troviamo pure tra gli oggetti abbastanza antichi di usufrutto lo schiavo, per cui il concetto di usufrutto come proprietà dei frutti non sarebbe appropriato».

[6] Vd. a riguardo B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz* II, pp. 72 ss., rivisto e ampliato in *Ius* (1953), pp. 15 ss., redazione riprodotta in *Scritti giuridici* I, pp. 180 ss. in particolare p. 194; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 36 ss.

[7] Mi sembra infondata l'ipotesi interpretativa di recente proposta dallo ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 35 e pp. 105-106. Essa sembra condizionata dalla tesi sostenuta di una tarda tecnicizzazione di *fructus*, così da dover svalutare la stretta correlazione testimoniata dalle fonti per l'origine dell'istituto, tra contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto. Una tale conclusione, in ogni caso, non può fondarsi sulla *vetus quaestio* relativa al *partus ancillae* (F. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, § 19 pp. 53 ss., vd. anche n. 159 e n. 175, il quale fa leva sulla frase *fructuarium in eo locum non habere* di D. 7, 1, 68 pr.), dato che la prospettiva di essa mi sembra al contrario confermare il ricorso al procedimento interpretativo dell'*in fructu esse*: *... An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis...* Cic. *De fin.* I, 4, 12; *... neque enim in fructu hominis homo esse potest...* D. 7, 1, 68 pr.; *Partus ancillae in fructu non est... absurdum enim videbatur hominem in fructu esse...* Gai. D. 22, 1, 28, 1; su questi passi vd. *infra* pp. 82 ss. L'ipotesi di una originaria indipendenza del contenuto dell'usufrutto dalla nozione di frutto della cosa è resa inverosimile altresì dalla denominazione del nuovo *ius in re aliena*.

[8] A titolo di es. Iul. *58 Dig.* D. 21, 2, 43: *... nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus,*

La giurisprudenza del III-II sec. a.C., invece, ricorrendo alla consolidata interpretazione di *fructus* rispetto ai diversi oggetti di *l.a. sacramento in rem*, trova naturale, nel consigliare il *pater familias* che voglia garantire un reddito vitalizio all'*uxor sine manu*, senza diminuire il patrimonio familiare destinato alla sua morte ai figli, di proporre un legato *sinendi modo*, con cui dispone dei frutti di un suo bene o del suo intero patrimonio[9], con una formulazione del seguente tenore: «*heres meus damnas esto sinere fructus fundi Corneliani sumere sibique habere*». Per superare l'inadeguatezza degli effetti obbligatori a garantire la moglie contro un erede che sperperi il patrimonio, si pervenne a una *conceptio legati* ad efficacia reale: «*uxori meae fructum bonorum meorum do lego*»[10]. La soluzione proposta dovette felicemente soddisfare l'esigenza surricordata, in quanto da allora i *cives* vi ricorsero dando vita ad un nuovo istituto, l'*usus fructus*, attratto nello schema del *ius in re aliena*[11].

cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari; Cels. in Ulp. *31 ad Sab.* D. 23, 3, 7, 2: *si usus fructus in dotem datum sit, videamus utrum fructus reddendi sunt nec ne. et Celsus libro decimo digestorum ait interesse quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se ius ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur;* Gai. II, 14: *incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut... usus fructus... Nec ad rem pertinet... fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt... nam ... ipsum ius utendi fruendi... incorporale est*; Gai. *6 ad legem XII tab.* D. 22, 1, 19 pr.: ... *neque usus fructus rursus fructus eleganter computabitur...*

[9] L'originaria costituzione dell'*usus fructus* con legato è dimostrata, oltre dalle fonti più antiche che parlano sempre di legato, dalle opere *de iure civili* nelle quali, dai libri XVIII di Q. Mucio ai libri III di Sabino, l'usufrutto è trattato sempre in materia di legato d'usufrutto; vd. a riguardo per tutti R. De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitù personali)*, Napoli (1914), p. 38.

[10] L'originaria evoluzione dell'istituto dal legato ad effetti obbligatori avente ad oggetto l'*usus fructus* chiarisce regole proprie dell'istituto, come la temporaneità e l'acquisto dei frutti con la *perceptio*; vd. R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg (1856), pp. 17-18 (*legatum per damnationem*); F. Kniep, *Gai institutionum commentarius secundus, §§1-96*, Jena (1912), pp. 151 ss. (*legatum sinendi modo*); quest'ultima ipotesi, a differenza di quella dell'Elvers, si fonderebbe «su dati più concreti», secondo G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., 17-18, il quale però precisa che «quel *sinere / uti frui* in atto avrebbe colorito le circostanze per cui nella prassi si formava il concetto che l'*uti frui* potesse essere preso come contenuto di un distinto diritto reale. Ma nulla più, ché il precedente rapporto obbligatorio non può costituire il fondamento per determinare giuridicamente la genesi del diritto reale...»; rivaluta giustamente l'ipotesi del Kniep, F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino s. d., 113 ss., in particolare con una *conceptio legati* del tipo ricordato nel testo (p. 116-117): dall'attribuzione del diritto personale di *fructus sumere* si passò ad un (*usum*) *fructum fundi Corneliani do lego*.

[11] Sull'*usus fructus* come istituto del *ius civile* introdotto attraverso il *ius moribus receptum*, vd. F. Gallo, *Interpretazione e produzione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 113-121.

I giuristi circostanziano l'ampiezza del diritto personale di *fructus sumere* e del successivo *ius* di *uti frui* chiarendo cosa sia frutto della cosa. Il *fructuarius*, nell'esercizio dell' *usus fructus*, avrebbe avuto un potere sul bene in usufrutto limitato all'appropriazione di quelle cose che potessero considerarsi un suo frutto.

Questo chiaramente incise anche sulla nozione di frutto, perché, nella prospettiva del diritto dell'usufruttuario, essa tese ad ampliarsi, almeno fino a quando si mantenne il legame tra i due momenti, quello del contenuto dell'*uti frui* e della nozione di frutto. Quando al contrario il contenuto dell'*uti frui* si emancipò dalla nozione di frutto, si posero le basi per una riconsiderazione più rigorosa di quest'ultimo concetto.

Sarebbe, invece, fuorviante collegare questa tendenza della giurisprudenza più antica, ad una sua originaria costruzione dell'usufrutto come proprietà dei frutti[12]. Si tratta, cioè, fin dal suo sorgere nella prima metà del II sec. a.C.[13], di un *ius* su una *res (aliena)*, avente ad oggetto l'*uti frui*, 'potere' sulla cosa altrui che viene concretamente puntualizzato concentrandosi soprattutto, ma non esclusivamente, sull'appropriazione di cosa sia *fructus* del bene in usufrutto[14]. Semmai questa configurazione ha probabil-

[12] È questa la nota tesi del Kaser, *Geteiltes Eigentum* cit., pp. 445 ss., in particolare sull'usufrutto, pp. 458 ss.; Id., *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 19-26; 305-306. Tesi sostenuta anche da B. Biondi, *La categoria romana delle* servitutes, Milano (1938), p. 665.

[13] R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre* cit., pp. 16-18 aveva sostenuto una alta risalenza dell'istituto (subito dopo le XII Tavole); questa ipotesi non ha resistito alle stringenti critiche di M. Voigt, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, cito da 'Separatabdruck' delle *Berichten der philol. -hist. Klasse der königl. -sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, Leipzig (1874), pp. 45-48; e O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig (1901), II, pp. 533 ss. Seguono il Voigt, R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., pp. 39-41; P. Bonfante, *Corso di diritto romano III. Diritti reali*, ristampa corretta della I edizione del 1933 a cura di G. Bonfante - G. Crifò, Milano (1972), pp. 74-75; G. Grosso, *I problemi dei diritti reali* cit., pp. 18-19; Id., *Usufrutto*[2] cit., p. 15; G. Pugliese, *Usufrutto* cit., p. 18; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 20-21; G. Wesener, *Ususfructus*, in PWRE. (Zweite Reihe) IX.A1 (1961), coll. 1137 ss.; N. Scapini, *Usufrutto (dir. rom.)*, in ED. XLV (1992), pp. 1092 ss.; V. Giuffrè, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 121-123.

[14] L'emancipazione della nozione classica dell'usufrutto dal concetto giustinianeo di 'servitù personale' si deve a C. Longo, *La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, in BIDR. 11 (1898), pp. 281 ss. Essa ha permesso la valorizzazione di concezioni diverse compresenti nelle fonti romane, che colgono nell'istituto alcuni elementi della proprietà (*pars dominii*: M. Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in BIDR. 22 [1910], pp. 109 ss.; R. F. Vaucher, *Usufruit et* pars dominii. *Étude sur la notion romaine de l'usufruit considéré par rapport*

mente trovato una sua predisposizione nel *frui* come oggetto di un rapporto obbligatorio tra erede e legatario[15].

La riflessione giurisprudenziale sull'*usus fructus,* peraltro, è fondamentale per un rinnovamento dell'*interpretatio iuris* di *fructus,* e rappresenta un punto fermo per la nostra ricerca. Momento di sintesi di questa *interpretatio* sono i *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, il pontefice, dove si rinvengono tracce della concezione naturalistica di *fructus* e delle regole in essa maturate, al fine di valutare nell'esatta prospettiva storica le dinamiche interpretative della giurisprudenza successiva, tardorepubblicana e di inizio principato.

2. *La* vetus quaestio *sul* partus ancillae *nella* iurisprudentia *del II sec. a.C. rappresenta un momento di verifica della nozione naturalistica di frutto*

A. *Problemi di tradizione della* vetus quaestio *sul* partus ancillae *nelle opere giuridiche*

Cicerone, all'inizio del *De finibus bonorum et malorum* I, 4, 12[16], scritto nel 45 a.C., confronta l'importanza delle opere filosofiche con quelle che

à la propriété, Lausanne [1940]; 'proprietà' temporanea: S. PEROZZI, *Istituzioni*² cit., I, pp. 780 ss.; una comunione funzionalmente ripartita tra *dominus* e *fructuarius*: R. AMBROSINO, Usus fructus *e* communio - *Profilo storico dell'istituto*, in SDHI. 16 [1950], pp. 183 ss.) o un concetto autonomo sia dalla proprietà sia dal *ius in re aliena* («*merum ius*, having no juridical relation to the physical thing»; W. W. BUCKLAND, *The Conception of Usufruct in Classical Law*, in LQR. 43 [1927], pp. 326 ss., p. 335; un «diritto limitato di percepire i frutti del fondo o delle cose, escluso ogni potere o facoltà sulle medesime»; «la giurisprudenza antica... doveva concepire la facoltà di fruire in modo rigoroso, escludendo qualsiasi influenza sulla cosa...»; S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo [1911], pp. 471-480, p. 474 e p. 476). In realtà le fonti riflettono visuali diverse, che concorrono storicamente nella configurazione dell'istituto (per un tentativo non riuscito di ricostruirne lo sviluppo, sebbene accentuando giustamente il ruolo di Giuliano, vd. P. MASSON, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in RHDFE. 13 [1934], pp. 1-47; 161-218). L'originaria configurazione dell'*usus fructus* come *ius in re aliena* è quella ipotizzata da C. Longo, e condivisa da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 73 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 60 ss.

[15] Vd. *supra* n. 10.

[16] *An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M'. que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet (quod et acutum genus est et ad usum civium non inutile, nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libentere et legemus), haec, quae vitam omnem continent, neglegentur? Nam, ut sint illa vendibiliora.*

riassume nell'*acutum genus... et ad usum civium non inutile*, cioè le opere giuridiche. Come *exemplum* di tale *genus*, l'Arpinate ricorda la discussione intercorsa tra Manio Manilio (console nel 148 a.C.), P. Mucio Scevola (console nel 133 a.C.) e Marco Giunio Bruto (pretore nel 142 a.C.) in materia di *partus ancillae.*

Il modo nel quale la notizia è tramandata fa pensare ad un solo luogo letterario nel quale Cicerone attinge alla disputa intercorsa tra i *principes civitatis*. L'Arpinate, infatti, vuole accentuare l'aspetto problematico, di discussione e di confronto di tesi, proprio del genere giuridico, scegliendo un *exemplum* famoso di tale modo di procedere, quasi paradigmatico, che ben rappresenti al lettore il tipico contenuto dei *libri iuris civilis*. È ragionevole pensare, quindi, che egli abbia voluto richiamare un passaggio di un'opera nella quale la controversia fosse già stata riassunta, e non vi abbia fatto riferimento in base a notizie indipendenti, dalle quali la disputa fosse portata alla luce solo grazie al confronto delle diverse posizioni fondato sulla memoria del narrante[17].

Proprio l'introduzione della *quaestio* ("*An partus ancillae sitne in fructu habendus*") fa pensare all'*incipit* di un *caput* dei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, il pontefice[18]. In esso, Cicerone leggeva il dissenso tra Manio Manilio, Publio Mucio e Giunio Bruto[19]. D'altronde che si trat-

[17] Vd. le precisazioni di F. BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240 e sulla cronologia dei* 'decem libelli' *di P. Mucio Scevola*, in SDHI. 39 (1973), pp. 425 ss., in particolare pp. 464-465.

[18] Accolgo qui l'ipotesi interpretativa del BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., pp. 465-466. Pensa ai *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio anche il BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola pontifex, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I. Philologisch- historische Klasse*, Göttingen (1976), Nr. 7, p. 283 n. 77, il quale aggiunge l'argomento dedotto dal *vendibiliora*, che richiamerebbe l'opera muciana in quanto «sicherlich auch ein Verkaufserfolg war». Accentua ora il ruolo dell'opera muciana in termini di strumento principale di tradizione delle tesi dei giuristi *qui fundaverunt ius civile*, questo stesso A., in *Prinzipat und Sklavenrecht*, in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* hrsg. U. IMMENGA, Göttingen (1980), p. 73 n. 65.

[19] Il WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 588 n. 86, in base al tenore di Cic., *De fin.*, 1, 4, 12, si domanda se possa cogliersi un «kritische<s> Seitenblick auf die pragmatische Behandlung einer ethischen Frage ?». Ingiustificata la lettura della HERRMANN-OTTO, Ex ancilla natus. *Untersuchungen zu den 'hausgeborenen' Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches*, Stuttgart (1994), p. 270, che vorrebbe l'affermazione ciceroniana *ad usus civium non inutile* direttamente qualificante la disputa sul *partus ancillae*, e non il *genus* letterario rappresentato dai *libri iuris civilis* di cui quella non è che un esempio.

tasse di *libri* familiari all'Arpinate, emerge dal *legimus et legemus*[20]. Proprio in quegli anni, come prova la lettera a Trebazio Testa del 44 a.C. (*Ad fam.* 7, 22), l'opera di Q.Mucio è oggetto della riflessione ciceroniana ogni qualvolta si presentino questioni giuridiche[21].

Se poi si tiene conto del fatto che le diverse posizioni dei *prudentes, qui fundaverunt ius civile,* in materia di *partus ancillae*, potevano non trovarsi necessariamente nelle loro opere e che la *vetus quaestio* era, invece, contenuta nei *tres libri iuris civilis* di Sabino (D.7, 1, 68 pr.)[22], proprio l'opera *De iure civili* di Q. Mucio emerge come determinante e necessario anello mancante, base fondante della tradizione civilistica successiva.

B. *La opinione di Manilio e Publio Mucio è coerente ad una nozione di frutto come nuova cosa nata da una cosa-madre senza diminuirne la capacità riproduttiva e l'opposizione di Bruto è diretta ad imporre un'eccezione limitata agli uomini*

Cic., *De fin.* I, 4, 12
An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M'.que Manilium, ab iisque M.Brutus dissentiet...
Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7, 1, 68 pr.
Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.

[20] Così, esattamente, F. Bona, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., in SDHI. XXIX (1973), p. 464.

[21] Sull'importanza di questa lettera per la struttura dei *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio, ed in particolare per la sua suddivisione in *capita*, vd. E. Fraenkel, *Some Notes on Cicero's letters to Trebatius*, in JRS. 47 (1957), pp. 67 ss.; P. de Francisci, *'Cic. Ad fam. 7, 22' e i* libri iuris civilis *di Q. Mucio Scevola*, in BIDR. 66 (1963), pp. 93 ss.; F. Bona, *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, Atti seminario Firenze maggio 1983*, Milano (1985), pp. 259-261; tengo conto altresì della relazione di A. Schiavone, "Cristallizzazione dello *ius civile* tra Q. Mucio e Sabino", tenuta a Napoli nel febbraio 1996, ora in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, Napoli (1997), II, pp. 253 ss. [=, con alcune integrazioni, *La codificazione del diritto dall'antico al moderno, Incontri di studio Napoli gennaio-novembre 1996*, Napoli (1998), pp. 51 ss.].

[22] Con argomenti convincenti F. Bona, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., p. 465.

Primo problema da chiarire è, nei limiti del possibile, la discussione tra P. Mucio e Manio Manilio da una parte e Giunio Bruto dall'altra[23].

[23] La bibliografia sul *partus ancillae*, ed in particolare su D. 7, 1, 68 pr.; D. 22, 1, 28, 1 e D. 5, 3, 27 pr. è sterminata. Qui di seguito indico le opere che ho maggiormente tenuto presente in queste pagine, sebbene non sempre riuscirò a darne conto. Per l'età medioevale, fino al Settecento, richiamerò nei punti specifici gli autori che ho ritenuto importanti. Per l'Ottocento valgano le opere fondamentali di G. E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 1-2, 4 ss., 11 ss.; H. Göppert, *Über die organischen Erzeugnisse* cit., pp. 29-30, 53 ss., 371 ss.; L. von Petrażycki, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 82-83, pp. 228 ss. In questo secolo: H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 205 ss., in particolare, pp. 219-220; P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 446 ss.; W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge (1908), pp. 21 ss.; R. Leonhard, *Fructus* cit., col. 120; G. Brini, *La sentenza di Bruto sul* partus ancillae, in *Memoria Accademia delle Scienze di Bologna* I, 4 (1909/1910); R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., pp. 129-133; Vs. Basanoff, *Partus ancillae*, Paris (1929); E. H. Kaden, *Rc.*, in ZSS. 51 (1931), R. A., pp. 532-534; S. Perozzi, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 589 n. 1; V. Scialoja, *Teoria della proprietà* cit., pp. 112-116; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 192-194; G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., pp. 135-136; F. Schulz, *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze (1949), p. 189; G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 201-203; Id., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino (1970), p. 59; M. Kaser, *Partus ancillae* cit., pp. 156 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Cicerone giurista*, in *"Marco Tullio Cicerone" Scritti commemorativi del bimillenario della morte*, Roma (1961), p. 9 [=*Scritti di diritto romano*, IV, Napoli (1977), p. 269]; M. Bretone, *Frutti* cit., p. 666; Id., *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 20 n. 1, p. 139 n. 137 ed in rapporto al *fetus pecudum*, pp. 138 ss.; F. Sturm, *Zur ursprüngliche Funktion der* actio Publiciana, in RIDA. 9 (1962), pp. 404-405; A. Watson, *Morality, Slavery and the Jurists in the Later Roman Republic*, in *Tulane Law Review* 42 (1967-68), pp. 289 ss., in particolare pp. 291-295; Id., *The Law of Property* cit., pp. 214 ss.; Id., *Roman Slave Law*, Baltimore-London (1987), pp. 102-104; Id., *Slavery and the Development of Roman Private Law*, in BIDR. 99 (1987), p. 107 e n. 3; Id., Partus ancillae *and a recent Inscription from Regium*, in *Labeo* 38 (1992), pp. 335 ss.; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., pp. 195-196; F. Horak, *Rationes decidendi*, I, Innsbruck (1969), p. 235; F. Wieacker, *Über das Verhältnis des römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura* 20 (1969), p. 456 n. 27; Id., *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in ZSS. 94 (1977) R. A., pp. 1 ss., in particolare p. 21; Id., *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit, p. 588; Th. Mayer-Maly, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, in *Studi Volterra*, II, Milano (1971), pp. 113 ss., in particolare, pp. 118-119; F. Bona, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., pp. 464-467; Id., *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Quinto Mucio Scevola* cit., pp. 261-262 n. 161; G. Thielmann, *Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs,* in ZSS. 94 (1977), R. A., pp. 76 ss., in particolare pp. 98-99; S. Tondo, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura* 30 (1979), pp. 34 ss., in particolare p. 44; W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW. II. 15 (1976), p. 51; Id., *Operae libertorum*, Stuttgart (1986), pp. 87-88 n. 238; O. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola cit., pp. 282-283; Id., *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., pp. 70 ss.; Id., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit - die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in *Das Profil des Juristen in*

La posizione dominante era quella dei primi due, mentre la tesi di Bruto segna la nascita della controversia[24]. In questa direzione mi sembra vadano il tenore della notizia ciceroniana, la presentazione innovativa della *sententia Bruti* in Ulpiano e la concezione, ancora dominante, come vedremo, di *fructus* al tempo di Q. Mucio Scevola (D.50, 16, 121, su cui vd. prossimo paragrafo).

der europäischen Tradition. Symposion 70. G. Wieacker, Ebelsbach (1980), pp. 25 ss., in particolare pp. 66-68; ID., *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, in RHDFE. 68 (1990), pp. 337 ss. in particolare p. 344 n. 23 e 24; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo (1979), pp. 163 n. 728; S. TREGGIARI, *Questions on Women Domestics in the Roman West*, in *Schiavitù, manomissione e classi dipendenti nel mondo antico*, Roma (1979), pp. 185 ss., in particolare, pp. 187-188; rispetto a W. BOJARSKI, *Pozyytki naturalne w prawie rzymskim* cit., ho fatto unicamente riferimento alle notizie desumibili dalle recensioni di A. POLAČEK, in ZSS. 98 (1981) R. A., pp. 520 ss.; M. KRASON, in SDHI. 50 (1984), pp. 536 ss.; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Q. Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINA-A. SCHIAVONE, Bari-Roma (1981), pp. 15 ss., in particolare pp. 21-23 (note pp. 319-323); R. LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., pp. 153 ss.; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37 (1986), pp. 1 ss., in particolare pp. 24-26; J. LINDERSKI, Partus ancillae. *A* vetus quaestio *in the Light of a New Inscription*, in *Labeo* 33 (1987), pp. 192 ss.; J. CHR. DUMONT, Servus, *Rome et l'esclavage sous la République*, École Française de Rome (1987), pp. 99-105; M. AMAYA CALERO, *El hijo de la esclava hurtada y vendida*, in *Estudios Iglesias*, I (1988), pp. 47 ss., in particolare pp. 57 ss.; M. BRUTTI, in AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², a cura di M. TALAMANCA, Milano (1989), pp. 302 ss.; P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property*, in *New perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas*, Oxford (1989), pp. 61 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino (1990), pp. 163 ss.; p. 168; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere*, Napoli (1990), pp. 104-105 n. 103; N. SCAPINI, *Usufrutto* cit., p. 1088 e p. 1093; J. FILIP-FRÖSCHL, Partus et fetus et fructus. *Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung der Tierjungen bei den Römern*, in Ars Boni et Aequi. *Festschr. Waldstein 65. G.*, hrsg. M. J. SCHERMAIER-Z. VÉGH, Stuttgart (1993), pp. 99 ss.; B. HUWILER, Homo et res: *Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg (1993), pp. 207 ss., in particolare pp. 257-258; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 268 ss.; F. HORAK, *Etica e giurisprudenza*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici* cit., pp. 163 ss., in particolare pp. 168-169; A. ABRAMENKO, *Eine übersehene Stellungnahme des* Trebatius *zum Eigentumserwerb an* partus ancillae furtivae, in ZSS. 114 (1997) R. A., p. 425; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, p. 229; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 17, pp. 54 ss.

[24] Momento significativo del passaggio dalla più antica *interpretatio iuris civilis* del collegio pontificale a quella della *iurisprudentia* tardorepubblicana è proprio la possibilità di un *dissentire* che non rimanesse «all'interno del *collegium*», ma si esplicitasse in «*ius controversum, ius dubium, ius varium*»; a riguardo fondamentale F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo - repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, Atti del Convegno Pavia aprile 1985*, a cura di M. SARGENTI - G. LURASCHI, Padova (1987), pp. 101 ss., in particolare pp. 117 ss. (le parole riportate sono stralciate dal contesto di p. 122 e di p. 127, tradendo inevitabilmente la ricchezza di riflessioni e la puntualità delle citazioni che sorreggono il discorso svolto dal B.).

Cicerone, oltre al dissenso di Bruto, ci dice che sulla classificazione *in fructu* del *partus ancillae* tra P. Mucio e Manio Manilio si era aperta una riflessione (*disserere*)[25]. Il *dissentiet* ciceroniano è l'indizio del successivo intervento critico di Bruto sull'interpretazione precedente espressa da Manilio e P. Mucio.

Rispetto al passo di Ulpiano, condivido la linea interpretativa che vede nel *neque enim in fructu hominis homo esse potest* la motivazione del giurista repubblicano[26]. Gli argomenti che convincono sono la diversa motivazione ulpianea in D.5, 3, 27 pr. e il tenore stesso di D.7, 1, 68 pr.

Se la si considerasse di Ulpiano, in un'età cioè dove principio consolidato del *ius naturale* è l'uguaglianza ontologica tra liberi e schiavi in quanto *homines* (...*uno naturali nomine homines appellaremur*, Ulp. in D.1, 1, 4 pr.;..*omnes aequales sunt*, Ulp. in D.50, 17, 32), la motivazione della L.68 pr. avrebbe il senso di una cosa ovvia.

Ben altra forza espressiva ha la *sententia Bruti* se la si riporta al II sec. a.C. Il ricorso al concetto di *homo* per il *partus ancillae*[27] assume, infatti, un significato fondamentale, critico rispetto ad una tradizione maturata nel *ius civile*[28], per la quale nello schiavo oramai si accentua il significato

[25] Il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71 n. 58, accentua il *disserere* come indizio del fatto che «die Einordnung des Sklavenkindes als Sachfrucht (...) einer wohl begründeten Überzeugung (...) des *P. Mucius* und *Manilius* entsprach...».

[26] Vd. per tutti M. KASER, *Partus ancillae* cit., pp. 156 ss.

[27] Riguardo al diverso problema del cosa significhi in questo caso *partus ancillae* dal punto di vista del nascituro o del già nato, emerge in dottrina una tendenza ad appiattirne la lettura nel secondo significato. Non ci sono, però, ragioni per negare qui al termine anche il senso di concepito, coerentemente alle modalità d'uso consuete di esso. Emergerebbe, allora, rispetto alla problematica dei nascituri la preziosa terminologia di Giunio Bruto, il quale non ha dubbi nel qualificare il *partus* come *homo*; su questo problema vd. P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pp. 169-172; 195 ss.; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 118-120; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 268 ss.

[28] Non si deve, però, pensare ad uno svolgimento lineare fondato su di una concezione arcaica, perché la cd. 'patrimonializzazione' del *servus*, visto come autonoma fonte di produzione di ricchezza, è fenomeno proprio del IV-III sec. a. C. (vd. *infra* n. 30). Nel *ius sacrum* ad es. si riconosce allo schiavo, come membro della *familia*, la partecipazione ai culti domestici e si qualifica come *religiosus* il *locus* dove venga sepolto. Nel *ius civile*, *homo* indica i *servi* in alcune formule solenni e arcaiche (*mancipatio, in iure cessio, legis actio sacramento in rem*). Su questi problemi vd. A. PERNICE, *Zum römischen Sakralrecht*, Berlin (1886), II, pp. 1173 ss.; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* cit., p. 188; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71; C. CASTELLO, *Lo schiavo tra persone e cose nell'arcaico diritto romano*, in *St. Biscardi* I, Milano (1982), pp. 93 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al*

patrimoniale, di *res familiaris*[29], ed in particolare di *res mancipi* (*Tit. Ulp.* XIX, 1)[30]. Tali tendenze avevano peraltro assunto proprio nel III sec. a.C. un'ulteriore spinta dall'accentuazione degli aspetti patrimoniali del *dominium*.

Dire che il *partus ancillae* in quanto *homo* «non può essere» *in fructu hominis* è una presa di posizione[31], suffragata dalla riflessione stoica sulla

principato, Torino (1989), pp. 192-193; P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pp. 167-169. Prova di questo passaggio è il confronto tra *lex XII tab.* 8. 3 sull'*os fractum*, che qualifica come *iniuria* sia la lesione del libero (pena 300 assi), che quella del *servus* (pena 150 assi) e la *lex Aquilia* della prima metà del III sec. a. C., dove l'uccisione e la lesione dello schiavo, come quelle del bestiame, sono considerate come un danno patrimoniale arrecato alle cose del *dominus*; a riguardo vd. F. SERRAO, *Diritto privato*[2] cit., I, pp. 265-267.

[29] Vd. ad es. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 21 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, pp. 462 ss.

[30] Vd. a riguardo B. ALBANESE, *Le persone* cit., pp. 162-163. Contro questo argomento si è detto che anche il *filius familias*, in quanto possibile oggetto di *mancipatio* (vd. Gai. I, 119-120), sarebbe considerato una *res mancipi*, da intendersi semplicemente come «objet de mancipation»; J. CHR. DUMONT, *Servus* cit., p. 97. Questa interpretazione - che *res mancipi* fossero tutti gli oggetti possibili di *mancipatio* - però, trova una chiara smentita proprio nell'elenco delle *res mancipi* di *Tit. Ulp.* XIX, 1 (... *Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini*), coerente con Gai. I, 116 e con la *lectio restituta* di Gai. II, 14a-17, e non tiene conto del particolare *status* delle persone *in causa mancipii*; vd. sul rapporto tra *servi* (*res mancipi*) e *filii familias* soggetti alla *mancipatio*; F. DE VISSCHER, Mancipium *et* res mancipi, in SDHI. 2 (1936), in particolare pp. 303 ss.; F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra* res mancipi *e* res nec mancipi, Torino (1958), pp. 18 ss.; ID., Potestas *e* dominium *nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo* 16 (1970), in particolare pp. 47 ss. Rispetto alla progressiva "patrimonializzazione" del potere del *pater familias* su *res* e *personae* (*liberae* o *serviles*) vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, pp. 221 ss.; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano cose - contratti*, a cura di L. LANTELLA, Torino (1974), pp. 12 ss.; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71 n. 60. In relazione alla trattazione gaiana nelle *Institutiones*, vd. F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino (1976), pp. 309 ss., in particolare pp. 346 ss.

[31] In dottrina si è ritenuto di cogliere nell'«*in fructu hominis homo esse non potest*» una regola giuridica che negasse la natura di frutto a cose della stessa classe della cosa-madre. In sostanza, *ancilla* e *partus ancillae* sono entrambi *homines* quindi il secondo non potrebbe essere considerato frutto della prima; così P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 447 ss.; M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157; non prende posizione a riguardo M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 139 n. 137. Per la difficoltà, però, di dedurre questa *ratio* dal tenore della *sententia Bruti*, vd. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 21 e p. 321 n. 70 e *infra* p. 90 n. 33. Il CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, p. 229 ritiene che la soluzione di Bruto implichi «almeno una definizione (*definitio*) del *fructus*». Il BEHRENDS, Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67 e n. 99, considera la regola della diversità ontologica tra generante e generato la conseguenza della razionalizzazione successiva alla *sententia Bruti*, in relazione ai

humanitas[32], tesa ad imporre un punto di vista che si considera irrinunciabile. La natura umana dello schiavo deve impedire l'aberrazione di considerare un frutto il 'parto' della schiava[33].

nati dagli animali, realizzata, secondo questo A. dal «naturrechtsfeindliche(n) Formalismus» dei «fortführende(n) Prokulianer». Per il BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari (1998), p. 178 e n. 19, l'accostamento del *fetus pecudum* al *partus ancillae* in Gai. D. 22, 1, 28 = I. 2, 1, 37; D. 41, 3, 36, 1; Ulp. D. 7, 1, 68 pr. -1; D. 47, 2, 48, 5-6; PS. 3, 6, 19-20, è sicuramente «dato originario», sebbene l'A. riconosca che in D. 7, 1, 68 pr. «oggetto d'attenzione è il *partus ancillae*, non il *fetus pecudum*». La nascita di un *ius controversum* in materia di nati dagli animali, come vedremo nel prossimo paragrafo, è possibile, ma che esso sia necessariamente condizionato dalla *sententia Bruti* non mi sembra provato. Per lo ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 37, pp. 110-111, sarebbe quello di Bruto il primo uso di «un concetto *lato sensu* normativo di *fructus*, determinato in base a una visione gerarchizzata del cosmo di cui l'uomo è visto al vertice...». Tale conclusione, condizionata peraltro dalla scelta di rileggere la *sententia Bruti* attraverso Gai. D. 22, 1, 28, 1, non mi sembra adeguata al *ne... in fructu... esse potest* di D. 7, 1, 68, pr. Una tale costruzione non esprime una contrapposta (a quella che considera *fructus* il *partus ancillae*) nozione di *fructus*, ma la necessità di evitare l'applicazione della concezione dominante alla particolare ipotesi del *partus ancillae*. Ciò, peraltro, non impedisce di ipotizzare che quella di Bruto sia una *media sententia*, e che a fronte della concezione dominante sostenuta dall'autorità di Manilio e P. Mucio, vi fosse una minoritaria corrente giurisprudenziale che, maggiormente sensibile alle teorie stoiche, caldeggiasse un loro accoglimento in relazione alla nozione giuridica di *fructus*.

[32] Nei libri *De officiis* di Ecatone di Rodi, allievo di Panezio, si ricordava la scorrettezza etica del *iactus* dalla nave di uno schiavo di poco valore, per salvare il cavallo prezioso: una tale azione, sebbene coerente alla *res familiaris*, sarebbe in contraddizione con la *humanitas*; Cic. *De off.* III, 23, 89. Vd. a riguardo O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., pp. 72-73. D'altronde la riflessione stoica affonda le sue radici in idee già circolanti nell'Atene del IV sec. a. C., le quali accentuano la natura παρὰ φύσιν della schiavitù, condizionante il suo essere οὐδὲ δίκαιον; cfr. la tesi criticata da Arist., *Pol.*, I, 3, 4 Aubonnet 1253b 20ss., su cui G. CAMBIANO, *Aristotele e gli oppositori anonimi della schiavitù*, in *La schiavitù nel mondo antico*, a cura di M. FINLEY, Bari-Roma (1990), pp. 27 ss.; P. GARNSEY, *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge (1996), pp. 53 ss. e 75 ss.

[33] In dottrina si sono proposte diverse interpretazioni della *sententia Bruti*. Alcuni autori, svalutando il contenuto della *sententia* tramandato dalla L. 68 pr. D. 7, 1 (vd. ad es. la perentoria affermazione di S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 589 n. 1), accentuano il suo collegamento con la motivazione di D. 22, 1, 28, 1, che espliciterebbe il discorso poco perspicuo di D. 7, 1, 68 pr. Cfr. ad es. G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 1-5; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 194; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit., p. 113 e p. 115; A. WATSON, *Morality, Slavery and Jurists* cit., p. 292; S. TONDO, *Note esegetiche* cit., p. 44; ora per una decisa rilettura di D. 7, 1, 68 pr. attraverso D. 22, 1, 28, 1, O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 67; ID., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 66; ID., *Anthropologie juridique* cit., p. 344 n. 24; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 19 p. 54 ss.; il TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 321 n. 70 considera «equivalenti le motivazioni date nei due passi», sebbene poi convenga che la «sintesi» di Gaio sottintenderebbe «in modo eccessivo il background filosofico». Ritengo, invece, importante tenere distinte le due *rationes*, perché se da un lato, come vedremo, quella ricordata da Gaio esprime uno sviluppo interpretativo ulteriore che trova il suo antecedente nella *sententia Bruti*, d'altro

Il *ne... esse potest* della *sententia Bruti* indica la tensione giuridico-etica di essa[34], che vuole precisare, limitandola, l'interpretazione dominante, espressa da Manilio e Publio Mucio. È in chiave di dialogo che esso necessariamente deve essere letto[35]. L'interpretazione combattuta privilegiava nei rapporti del *ius civile* la natura di *res* e non di *homo* dello schiavo[36] e poneva la procreazione umana all'interno della realtà schiavistica su un piano materialistico di produzione[37].

Si discute in dottrina su quando la soluzione di Bruto prevalse (*optinuit*) sull'altra[38]. La moderna discussione[39] è stata arricchita da un ritrovamento

lato quella ricordata da Ulpiano nella L. 68 pr. assume un suo autonomo valore, se inserita nello svolgimento del *ius civile* del II sec. a. C. Accentuano l'indipendenza delle due motivazioni, sebbene con sfumature diverse, F. WIEACKER, *Über das Verhältniss der römischen Fachjurisprudenz* cit., p. 456 n. 27, che in un secondo momento aderirà alla tesi del Behrends in *Offene Wertungen* cit., p. 21 e n. 80; sebbene ancora con qualche dubbio, in *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 588; vd. altresì F. HORAK, *Etica della giurisprudenza* cit., p. 169. Colgono un passaggio importante tra le due motivazioni, sebbene con spiegazioni di esse divergenti da quelle qui proposte, M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157 e p. 159; R. QUADRATO, *La persona in Gaio* cit., pp. 25-26; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere* cit., p. 104 n. 103.

La dottrina più antica ha proposto logiche indipendenti dal tenore testuale dei frammenti fondamentali in materia. Ad es., per il CUIACIUS, *Pauli ad edictum commentarii*, in *Opera omnia*, V, ed. Neapoli (1722), col. 727, il *partus ancillae* non sarebbe frutto in quanto *pars* della schiava. Questa interpretazione, pur se implicitamente, sembra collegare la questione con le fonti in materia di *fructus pendentes* come *pars fundi* (Gaius D. 6, 1, 44) e di nascituro come *portio mulieris vel viscerum* (Ulp. D. 25, 4, 1, 1); vd. peraltro P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 450-451. A riguardo, però, il tentativo dogmatico proposto mi sembra contrastare con la concezione del *partus ancillae* come *homo*, che accentua proprio l'autonomia e la pienezza dell'essere umano, irriducibile nel concetto di *pars ancillae*. D'altronde, come vedremo in materia di incrementi della cosa oggetto di *uti frui*, le fonti attestano chiaramente una differenza sostanziale tra il caso dei *metalla inventa in fundo post usum fructum legatum* (D. 7, 1, 7, 3), i quali proprio perché qualificati come *pars* del *totus ager*, pur se rinvenuti dopo il legato di usufrutto, rientrano nell'oggetto del diritto reale legato, ed il caso delle *accessiones* (D. 7, 1, 7, 4). Per queste ultime si applica una regola che sancisce l'estensione dell'usufrutto agli *incrementa latentia*, ma non a quelli *separata* dalla cosa principale. Come vedremo, proprio Servio in D. 30, 63 dimostra come una strada percorsa dalla giurisprudenza fu quella dell'analogia con l'*accessio* e non quella della *pars ancillae*. D'altronde Scaev. -Ulp. in D. 41, 3, 10, 2 affermano esplicitamente che «*nec ... esse partum rei furtivae partem*».

Altri autori, infine, accentuano la natura casuale e fortuita della filiazione, che sfugge ad una logica di pianificazione produttiva, esprimendo invece la logica del *Zufall* o del *donum fortunae*; vd. ad es. H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse* cit., pp. 29-30; L. VON PETRAŻYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 82-83, seppure poi a pp. 228-230 colleghi la *sententia Bruti* ad un originario significato di *frui* come uso alimentare. Anche qui si colgono degli spunti nelle fonti, come ad esempio la posizione critica di Ulpiano contro la procreazione pianificata delle schiave (D. 5, 3, 27 pr.) - che però sembra fondata su una motivazione etico-giuridica (vd. *infra* pp. 308 ss.) - e la regola criticata da Giuliano (D. 50, 16, 77) in rapporto a *fruges*. Non è, invece, significativo a riguardo il *fataliter accessit* di Ulp. D. 50, 16, 135, in quanto esso non qualifica il *partus* come tale, ma la nascita di un *monstrum* e simili.

Infine bisogna menzionare una motivazione pratica proposta in dottrina, quella di non separare il figlio dalla madre (R. LEONHARD, *Fructus* cit., col. 120; M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 199). A questa possibile motivazione, però, può obiettarsi che proprio nel caso dell'usufrutto, data la durata non breve di questo diritto, di fatto la sua esclusione dai frutti avrebbe finito per separare il figlio dalla madre.

[34] Di «respect for human dignity» parla W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., p.

21. In ciò si coglie una differenza tra la *ratio* della *sententia Bruti* e la motivazione ricordata da Gaio in D. 22, 1, 28, 1, secondo la quale sarebbe 'assurdo' ascrivere il *partus ancillae in fructu* in quanto «nicht die Ethik wäre hierdurch verletzt, vielmehr müßte ein solcher Schluß als unlogisch -... - gelten»; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 447.

[35] Di «disputa scientifica» parla il BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2] cit., p. 261; così anche V. SCARANO USSANI, *Tra* scientia *e* ars, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., pp. 256-257 n. 84.

[36] Il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 72 e nn. 62 e 63, ipotizza la corrispondenza di questa visione con la concezione aristotelica degli schiavi (vd. Arist., *Pol.*, I, 4, 2 1253b 29 ss.: sul δουλός come ὀργανον ἔμψυχα; su cui cfr. O. GIGON, *Die Sklaverei bei Aristoteles*, in AA. VV., *La politique d'Aristote*, Vandœvres-Genève [1965], pp. 247 ss.; V. GOLDSCHMIDT, *La théorie aristotélicienne de l'esclavage et sa méthode*, in Zetesis. *Festschr. De Strycker*, Antwerpen-Utrecht [1973], pp. 147 ss.; G. CAMBIANO, *Aristotele* cit., pp. 37 ss.; P. GARNSEY, *Ideas of Slavery* cit., 107 ss.), ripresa dagli «hellenistischen Agrarschriftsteller» come Varr., *De re rust.*, 1, 17, 1 (*servus* come *instrumentum vocale*). Dal mio punto di vista è però essenziale che la qualifica del *servus* come *res mancipi* sia comunque più antica.

[37] Per il GROSSO, *Schemi giuridici* cit., p. 59 si pone un «limite allo sfruttamento capitalistico dello schiavismo»; d'accordo il CATALANO, *Diritto e persone* cit., p. 168. Il TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., ritiene che P. Mucio e Manilio si mantenessero «rigorosamente coerenti alla valutazione degli schiavi come *res*» (p. 21), e la *ratio* della loro interpretazione «rigorosamente dedotta dai principii in base ai quali s'inquadravano i diritti sullo schiavo come su qualsiasi altra *res*» (p. 323 n. 73). Vd. nello stesso senso J. CHR. DUMONT, *Servus* cit., p. 104; B. HUWILER, *Homo et res* cit., pp. 255-256. Questa concezione sarebbe peraltro coerente con la progressiva estensione, nel corso del III-II sec. a. C., del concetto di *dominus* rispetto ad *erus* per esprimere il «padrone del servo», estensione conseguente alle «grandi trasformazioni sociali iniziate nel terzo secolo, con il tramonto di una società patriarcale e con l'affermarsi di un'economia schiavistica», L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, p. 451, ma in generale sul problema anche pp. 414 ss.

[38] Si potrebbe anche pensare che la frase da *sed/optinuit* sia un raccorciamento di un «Kontroversenberichtes»; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS. 66 (1948) R. A., p. 377, assumendo, però, tale ipotesi rilevanza essenzialmente per la posizione di Manilio e P. Mucio.

[39] Ad un *ius controversum* presente ancora all'età ciceroniana pensa V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista* cit., p. 9 [=269]; così anche F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion* cit., pp. 404-405. Vd. però la critica di A. WATSON, *The Law of Property* cit., p. 215; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 320 n. 68.

epigrafico[40] che secondo alcuni dimostrerebbe la resistenza della concezione tradizionale ancora nel primo principato[41]. In realtà l'iscrizione funeraria non è decisiva a riguardo, in quanto il collegamento con l'usufrutto della schiava è solo ipotetico e non emerge dal testo dell'epigrafe[42], e comunque se anche vi fosse stato un esplicito riferimento ad esso, la non tecnicità dell'autore dell'epigrafe imporrebbe molta cautela[43].

È probabile che Q. Mucio, nei suoi *XVIII libri iuris civilis*, oltre a ricordare le posizioni divergenti di suo padre P. Mucio, di Manilio e di Giunio Bruto, con le relative argomentazioni, abbia parteggiato per le une o per l'altra. Purtroppo il silenzio ciceroniano a riguardo non ci dà alcun indizio in proposito[44]. Come vedremo in base a D.50, 16, 121 (*infra* pp. 100 ss.), nell'opera *De iure civili* di Q. Mucio si tramanda un significato di *fructus* che, se applicato rigorosamente, avrebbe portato a considerarvi contenuto anche il *partus ancillae*. Ciò non significa, però, per il modo in cui procedono nella loro *interpretatio* i *prudentes*, che allo stesso tempo Q. Mucio non potesse seguire la *sententia Bruti*, rispetto all'usufrutto dell'*ancilla*.

Dal punto di vista dogmatico, poi, bisogna evidenziare un passaggio concettuale importante[45] tra il tenore del parere di Bruto e le conseguenze che se ne traggono in rapporto al *ius* di *uti frui* da parte di Ulpiano. La negazione di Bruto, infatti, esclude che l'usufruttuario acquisti il parto della schiava. Ciò, però, nulla ci dice sulla possibilità che il *ius utendi fruendi* si estenda al parto stesso. È questione che non attiene più al contenuto dell'*uti frui*, ma al suo oggetto in caso di incrementi della cosa in usufrutto. Questo problema diviene tanto più evidente, quanto più l'interpretazione del *ius* di *uti frui* si venga ad emancipare dall''estensione' semantica di *fructus*.

Ritengo, infatti, che l'*hac ratione-habebit* di Ulpiano, in base al quale il *fructuarius* non solo non acquisterà il *partus ancillae*, ma non avrà su quello alcun usufrutto, celi un passaggio dogmatico importante[46].

Nell'ottica di Ulpiano, infatti, negare all'usufruttuario l'acquisto del *partus ancillae* in quanto *in fructu non est*, lascia ancora aperta la questione se su questo, come incremento dell'oggetto in usufrutto, si estenda comunque il *ius utendi fruendi*. La durata dell'usufrutto[47] e la regola "*fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt*" (Gaius D.7, 4, 4; vd. anche D.7, 4, 3 e Ulp. D.7, 4, 6)[48], impongono al giurista severiano un chiarimento del problema.

Nella concezione più antica, questa preoccupazione trovava già una risposta nell'*in fructu non est*?

L'*hac ratione* di Ulpiano dimostra che una tale conseguenza era sentita nella tradizione sabiniana come implicita nel parere di Bruto[49]. Se ciò è vero,

[40] Iscrizione funeraria ritrovata a *Regium*; cfr. a riguardo, C. TURANO, *Note di epigrafia classica*, in *Klearchos* 5. 19 (1963), pp. 76 ss.

[41] J. LINDERSKI, *"Partus ancillae"* cit., in *Labeo* 33 (1987), pp. 197-198, che pensa al «post-Augustan period».

[42] *C. Iulius Iuliae divi / Aug(usti) f(iliae) l(ibertus) Celos [si]bi et / C. Iulio Iul[iae divi] Aug(usti) f(iliae) l(iberto) / Thiaso patr[i sexvir(o) A]ug(ustali) / [et Iu]liae divae Au[gustae l(ibertae)...] / matri / ex testamen[to].*

[43] Cfr. gli argomenti critici del WATSON, *Partus ancillae* cit., in *Labeo* 38 (1992), pp. 337-338. D'altronde che, in età nelle quali la regola di Bruto era sicuramente applicata dai *prudentes*, potessero sorgere ancora dubbi da parte del *fructuarius* è provato da Gai. II, 50.

[44] Per il BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola cit., pp. 282-283, invece, «die Ansicht des Brutus setzte sich durch, warscheinlich kraft der Autorität des *Q. Mucius*..."; vd. altresì, dello stesso A., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67.

[45] Problema risolto nel moderno diritto civile italiano codificato in termini di estensione dell'usufrutto «a tutte le accessioni della cosa» (art. 983 Cc. it. 1942), generalizzando le distinzioni, invece, presenti nel diritto romano tra alluvione e *insula in flumine nata*; cfr. a riguardo le giuste osservazioni del PUGLIESE, *Usufrutto* cit., pp. 272-273; F. DE MARTINO, *Usufrutto Uso Abitazione*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, Libro III artt. 957-1026*, Bologna - Roma (1978[4]), pp. 188 ss. Più coerente alla regola romana è invece il *Code Napoléon* art. 596.

[46] La dottrina non si dimostra sempre avvertita della questione centrale che questo passaggio implica; vd. però, R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 203.

[47] Che poteva andare ben oltre i 5 anni ricordati da Ulpiano in D. 7, 4, 6, 1 come età minima per l'utilizzazione nel lavoro dei *servi*.

[48] Il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 202, accentua appunto «il contenuto della schiavitù, quello che era considerato lo sfruttamento dello schiavo, determinato dalla preminenza della sua attività intelligente, dal valore delle opere di lui»; cfr. sul punto altresì W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 87 ss.

[49] Il DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131, estende addirittura il contenuto della *sententia Bruti* fino all'*habebit*, mentre Ulpiano da *quid tamen /in fin.* integrerebbe e correggerebbe «la troppo assoluta pronuncia di Bruto...". Per il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66, la motivazione introdotta dall'*hac ratione* «greift nur einen Teilaspekt auf...», quello appunto del sopravvenuto incremento della cosa oggetto di usufrutto. Per il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 203 n. 2, tale passaggio potrebbe far considerare proprio l'*hac ratione* frutto di una «contrazione riassuntiva» dei compilatori. Pur ammettendo una tale contrazione, in particolare in rapporto al *ius controversum* sulle accessioni alla cosa oggetto di usufrutto che emerge dal confronto tra D. 30, 63 (Serv.) e D. 7, 1, 9, 4 (*Pegasus- Sabinus*?), l'*hac ratione* esprime comunque la derivazione della conclusione dalla *sententia Bruti*.

e non abbiamo ragioni per dubitarne, la notizia è preziosa. Questo significa, infatti, che la regola *partus ancillae in fructu non est*, una volta maturata traendo spunto dalla *sententia Bruti*, era di per sé idonea a fornire una risposta esauriente non solo rispetto al problema del contenuto dell'*uti frui*, ma altresì del suo oggetto. La giurisprudenza tardorepubblicana e d'inizio principato non deve esplicitare ciò che invece il giurista severiano, che non esaurisce la valutazione del contenuto e dei limiti dell'*usus fructus* nel *fructus*, deve precisare[50].

Il parere di Bruto sul *partus ancillae* ed i problemi che esso dà ad Ulpiano nella seconda parte di D.7, 1, 68 pr., possono trovare luce se posti in relazione ad un parere di Servio Sulpicio Rufo (Cels. *17 digest.* D.30, 63)[51].

Celso ricorda un responso del giurista repubblicano secondo cui in un legato *per damnationem* (arg. dal *deberi* e da Gai. II, 203), avente ad oggetto *omnes ancillae et quod ex his natum erit*, al legatario non spetterebbe il *partus ancillae*, se la schiava sia morta (probabilmente dando alla luce il figlio)[52]. La ragione riposa sulla constatazione che il *partus*, rispetto all'*ancilla* che lo genera, evoca l'immagine della «cosa accessoria» rispetto alla «cosa principale» (*loco accessionis*), senza che a riguardo il giurista argomenti in base ad una presunta *voluntas testatoris*[53]. Da ciò si deve dedurre che morta la schiava, e venuto meno il rapporto di accessorietà, l'erede non sia più tenuto a dare al legatario il nato. Al di là del parere di Servio, che pone problemi rispetto al legato in esame, e che viene non a torto criticato da Celso, lo sforzo dogmatico di giustificare la mancata spettanza del *partus* al legatario in caso di morte dell'*ancilla*, potrebbe illuminare anche gli svolgimenti interpretativi sul *partus ancillae* dopo la *sententia Bruti*[54].

È significativa, infatti, la qualifica di esso *loco accessionis*, in collegamento alla questione degli incrementi sopravvenuti dell'oggetto in

[50] In questa prospettiva è puntuale la notazione dello HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 2 che ritiene come nella *sententia Bruti* «das Wort *fructus* nicht sowohl das organische Erzeugniß einer Sache, als vielmehr den 'Fruchtgenuß' selbst bezeichnet». Vd. altresì H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 21.

[51] *Si ancillas omnes et quod ex his natum erit testator legaverit, una mortua Servius partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit: quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accomodata haec sententia est.*

[52] Così la HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 281.

[53] Per l'HORAK, *Rationes decidendi* cit., p. 168, Servio avrebbe dedotto la soluzione «aus einem juristischen Begriff..., ohne die Frage dem Willen des Erblassers überhaupt aufzuwerfen».

[54] In senso contrario M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 196 n. 192; F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., I, p. 168.

usufrutto[55]. La concezione di Servio, se applicata al legato d'usufrutto della schiava, renderebbe coerente da un lato l'esclusione del *partus ancillae* dagli acquisti del *fructuarius* in quanto estraneo al *fructus ancillae*, e d'altro lato la sua acquisizione nel patrimonio del proprietario della schiava in quanto *loco accessionis*. Proprio perché il bambino ha un rapporto con l'*ancilla* come l'avrebbe una cosa accessoria rispetto alla principale, su di esso si sarebbe potuto estendere l'*usus fructus* costituito sulla schiava in termini di estensione dell'oggetto dell'usufrutto[56]. Data però la natura di *homo* del *partus ancillae*, non sarebbe stato possibile considerarlo un incremento «occulto e latente» della cosa-madre, come nell'*adluvio* (Ulp. *17 ad Sab.* D.7, 1, 9, 4[57]; vd. anche il *paulatim adicere* di Gai. II, 70), così da escludere un'estensione dell'usufrutto ad esso, come per l'incremento «separato» dell'*insula in flumine nata*, incremento caratterizzato da una sua autonomia corporale rispetto alla cosa principale (Pegaso parla, rispetto all'*insula in flumine nata* di un *proprius fundus*). La natura di cosa dotata di una propria configurazio-

[55] Esattamente O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66, e in collegamento con D. 7, 1, 9, 4, p. 80 e n. 80.

[56] Il DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131, in base a D. 7, 1, 68 pr., esclude, invece, che il *partus ancillae*, oltre a non essere frutto, fosse considerato come «parte della madre o una accessione di lei; ma una cosa nuova; cui non può estendersi per virtù propria l'usufrutto». Come vedremo, se da una parte il richiamo all'autonomia ontologica tra *partus* e *ancilla* coglie un aspetto che assume importanza per negare l'estensione a quello dell'usufrutto sulla schiava, la terminologia serviana non lascia adito a dubbi: si procedette ad una analogia con l'*accessio*. Per il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 80 n. 80, la qualifica del *partus ancillae* come *loco accessionis* dimostrerebbe come per Servio «ein Sklavenkind nach objektiven Recht als unselbständiges Zubehör zur Welt kommt» e quindi, analogamente al *peculium* perisce quando *principales res peremptae fuerint* (D. 33, 8, 2). Tale perimento, peraltro, non inciderebbe chiaramente sull'esistenza naturale del *partus ancillae*, ma solo sul suo essere oggetto del legato, proprio perché l'*accessio* soggiace alla «Denk- und rechtlichen Zuordnungsfigur der *res incorporalis*» (*ibidem*, p. 80 n. 80). Sulla diversa regola, probabilmente sabiniana, esprimente l'autonomia del *partus* dall'*ancilla* in base a Paul. *4 ad Sab*, D. 33, 8, 3, vd. O. BEHRENDS, *op. ult. cit.*, p. 80 n. 80; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 281-282.

[57] *Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum , cuius usus fructus ad te non pertineat. quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.* Vd. a riguardo G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 178-180; p. 203; P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli (1970), pp. 19-20; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66; 79 n. 78; in rapporto al § 3, vd. altresì G. NEGRI, *Diritto minerario romano* I, Milano (1985), pp. 291-299.

ne e separatezza materiale rispetto alla cosa a cui accede dell'*insula in flumine nata*, ne impedisce, in sostanza, la soggezione al regime dell'usufrutto gravante sulla cosa principale.

Servio, quindi, pur configurando il *partus ancillae* come *loco accessionis*, doveva però trarne le dovute conseguenze in rapporto alla sua natura di *homo,* che per la indipendenza ontologica dall'essere umano che lo genera, non poteva che considerarsi un *incrementum separatum* che accede al *dominium* su di essa.

C. *La* sententia Bruti *non modifica, anzi conferma la nozione di* fructus *comune a Manilio e Publio Mucio, in quanto eccezione limitata agli uomini della applicabilità della nozione naturalistica di frutto*

In questa sede interessa cogliere l'incidenza della *vetus quaestio* sul concetto di *fructus*. A me sembra si possano distinguere due aspetti significativi.

In primo luogo la presenza di una concezione dominante (M'. Manilio e P. Mucio) che, accentuando soprattutto la rilevanza patrimoniale dello schiavo come *res familiaris*, considera il *partus ancillae in fructu*. A questa concezione si contrappone Giunio Bruto con un'argomentazione di natura etico-giuridica che accentua nel *partus ancillae* la natura di *homo*.

La soluzione di Bruto è un'eccezione ristretta alla procreazione umana (*ne...esse potest*) alla nozione di frutto come cosa nata *ex corpore*, la quale, come vedremo, è regola ancora nei *XVIII libri iuris civilis* di Q.Mucio.

Il contenuto ed il significato del dissenso di Giunio Bruto impediscono di dedurre da esso un differente concetto di *fructus*. Proprio l'essere una reazione ad una applicazione aberrante del sistema di produzione schiavistico impedisce generalizzazioni argomentative. Forse essa, se intesa in termini di *media sententia*, potrebbe evocare una minoritaria linea interpretativa più sensibile alla concezione di origine filosofica, che coglie nella destinazione al soddisfacimento dei bisogni umani la connotazione caratteristica della categoria. Di certo, però, ed è questo che qui più interessa, Manilio e P. Mucio - e lo stesso G. Bruto secondo l'interpretazione qui proposta – sono i sostenitori di una nozione naturalistica di *fructus*, quella ereditata dalla *interpretatio* alle XII Tavole.

3. *Il* ius controversum *tardorepubblicano e di inizio principato in materia di* fetus pecudum *riflette due regole relative al modo d'acquisto dei nati degli animali*

Ulpianus *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7, 1, 68, 1
Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere
Gaius *libro secundo rer. cott.* D.22, 1, 28 pr.
In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac pilus et lana...

Queste fonti dell'età classica contengono tracce di una discussione sulla natura di frutti dei nati dagli animali[58]. A quando far risalire questa controversia e le ragioni ad essa sottintese non è facile dire.

Rispetto alla prima questione, sappiamo che Catone il censore, in uno dei formulari contrattuali raccolti nel *de agri cultura* (150), considera l'agnello un frutto della pecora[59]: tecnicamente si considera tale soltanto quello sopravvissuto almeno un giorno ed una notte.

In base a D.7, 1, 68, 1, Sabino e Cassio avrebbero di nuovo considerato i *fetus pecorum* come frutti dei singoli capi di bestiame, ponendo le basi per il superamento della questione. Non mancano peraltro strascichi di essa nella giurisprudenza successiva, così come dimostrano il *tamen* ulpianeo, l'*etiam* di Gaio, gli elenchi di Gai. D.20, 1, 15 pr. e PS. II, 17, 7[60], e le testimonianze nelle quali si sente la neccessità di affermare esplicitamente la natura di frutto dei nati degli animali (ad es. Pap. D.22, 1, 8).

Va detto, peraltro, che, data la testimonianza di Ulpiano, Cassio e Sabino potrebbero ritenere i nati dagli animali come cose che spettano all'usufruttuario, senza però considerarli necessariamente frutti degli stessi (*Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere*). Ulpiano, però, considera questa affermazione come conseguenza di detta qualifica. Ne è conferma proprio il *tamen*: pur negandosi natura di frutto della schiava al *partus ancillae*, ciononostante, per Ulpiano, Sabino e Cassio ritennero che

[58] Così giustamente G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 12-13; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 462-465; più di recente M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157 e n. 11 e p. 172 n. 76; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., pp. 194-195; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79 n. 78; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 99 ss.

[59] *Fructum ovium hac lege venire oportet... hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit in fructum.*

[60] *Ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum...; ex die emptionis... et fructus et operae <servorum> et fetus pecorum et ancillarum partus.*

il *fetus pecorum* spettasse all'usufruttuario. Che tale spettanza fosse fondata, per Sabino e Cassio, sulla riconosciuta natura di frutto del nato della pecora, è, quindi, adeguato al discorso di Ulpiano, che presuppone la non spettanza del *partus ancillae* all'usufruttuario proprio per l'esclusione di questi dal novero del *fructus hominis*. In ogni caso, nella scuola sabiniana, come confermano Gaio (D.22, 1, 28 pr.) e Giuliano (D.21, 2, 43), la qualifica del nato dell'animale come suo frutto è seguita.

Quella del *fetus pecudum* è, quindi, una *vetus quaestio,* come quella sul *partus ancillae*, nel senso che è discussa dai giuristi che vanno da coloro *qui fundaverunt ius civile* alle *sectae iuris*.

Rispetto alle ragioni che sottendono all'esclusione dei nati dagli animali dal novero dei frutti degli stessi, è stato autorevolmente ipotizzato un collegamento con la *sententia Bruti*. Si tratterebbe di due soluzioni sorrette da una identica nozione di frutto, che esclude dal concetto la partecipazione alla stessa specie del generante e del generato, secondo concezioni filosofiche recepite dai giuristi romani[61]. Di qui una discussione che prende corpo anche in base a supposte influenze filosofiche.

Questa ipotesi, pur in astratto possibile, non trova però un preciso riscontro nelle fonti[62] e, di per sé, non è adeguata a spiegare le ragioni sostanziali che portano ad escludere i nati dagli animali dal novero dei frutti. Questa esclusione rimane da chiarire in quanto non si giustifica né dal punto di vista di un presunto fine esclusivamente alimentare del frutto (*ad vescendum*)[63] o più lato di soddisfacimento dei bisogni umani (*ad usum hominis*), né da quello della difficoltà di ascrivere il nato dell'animale nella nozione della cosa nata *ex ipso corpore* della cosa-madre (vd. a riguardo *infra* D.50, 16, 121, pp. 100 ss.).

Nell'àmbito dell'ipotesi interpretativa summenzionata, si è approfondito il collegamento tra la questione dei nati degli animali e le discussioni che la *sententia Bruti* innesca nella giurisprudenza successiva riguardo alla natura giuridica del *partus ancillae*, ed in particolare la qualifica di questo in termini di *loco accessionis* in Servio (Cels. D.30, 63 su cui *supra* p. 94). Ciò avrebbe comportato la maturazione di una regola nella scuola proculiana, quella evocata dal *proprius fundus* di Pegaso in D.7, 1, 9, 4 (su cui vd. *supra* pp. 95 ss.). Secondo questa ipotesi, anche i *fetus pecudum*, come il *partus ancillae,* spetterebbero al proprietario e non all'usufruttuario, in quanto accessioni (separate) alla cosa in usufrutto. Così, in base a questo principio giuridico proprio dei modi di acquisto della proprietà, l'esclusione dei nati degli animali dalla nozione di frutto avrebbe comportato una soluzione fondata su premesse esclusivamente teoriche (echeggianti precise costruzioni filosofiche) a spese dell'usufruttuario[64].

Ritengo, al contrario, che nelle fonti siano rimasti indizi di una regola diversa da quella dell'acquisto dei nati in quanto frutti dell'animale, fondante l'acquisto dei nati degli animali in termini di occupazione (I.2, 1, 19: *item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi adquiruntur*; cfr. Flor. in D.41, 1, 6). I nuovi nati sarebbero considerati una *res nullius* (cosa invece impossibile per il *partus ancillae* in quanto *homo*), suscettibile di subire l'impossessamento acquisitivo dell'occupante. Quindi l'usufruttuario, per i giuristi che seguissero una tale costruzione, avrebbe comunque potuto far propri i nati degli animali in usufrutto, sebbene non in conseguenza del suo diritto ai frutti, ma in base all'occupazione.

Contro questa regola si schierano Sabino e Cassio, i quali ritengono che il *fetus pecorum* sia cosa che spetta all'usufruttuario come conseguenza del suo *uti frui*. Non è possibile dire se tale conclusione derivi sicuramente dalla sua ascrivibilità nel *fructus pecorum*. Questa qualifica è invece dato acquisito in Giuliano (D.21, 2, 43: *vitulum fructum esse vaccae*), Gaio (*in pecudum*

[61] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 463-464; M. Kaser, *Partus ancillae* cit., p. 157; O. Behrends, Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67 e n. 99; Id., *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79; J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 99-100.

[62] Non lo è a mio avviso la motivazione della *sententia Bruti* come tramandata in D. 7, 1, 68 pr. «*ne... enim in fructu hominis homo esse potest*», su cui si basano gli Autori citati *supra* pp. 88-89 n. 31. Essi, infatti, sembrano intenderla nel senso che il genitivo *hominis* sia relativo ad *homo* e non a *fructus*, così da interpretare la frase come esclusione dal concetto generale di *fructus* dell'essere umano generato dall'essere umano (*hominis homo in fructu non est*): in sostanza intendono la *sententia Bruti* come una definizione per disconoscimento (questo non è x perché c'è k); vd. per questo tipo di definizioni L. Lantella, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico,* in *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano (1979), pp. 57-59. Al contrario, però, mi sembra che il tenore della proposizione sia adeguato ad una esclusione non fondata dalla presenza di una caratteristica del *partus ancillae* che gli impediva di rientrare nella nozione di frutto, quanto di una sua esclusione, in quanto *homo*, dal *fructus hominis*, in base ad una considerazione dell'aberrazione insita in un tale riconoscimento, considerazione che può aver tenuto altresì conto anche delle conseguenze concettuali che una tale inclusione avrebbe comportato per il *partus ancillae-homo*. Anche nell'eventualità che non si accetti di seguire l'interpretazione da me proposta della *sententia Bruti*, relativa ad una eccezione alla regola non fondata su una diversa nozione di *fructus*, non mi sembra che il *ne... esse potest* deponga a favore di un concetto per il quale era esclusa l'identità di specie tra generante e generato.

[63] Semmai un tale requisito, qualora sia mai esistito per la nozione di *fructus* (lo ipotizza M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 190), doveva facilitare la qualifica del nato dall'animale nei suoi frutti, più che la lana.

[64] O. Behrends, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79.

fructu etiam fetus est...) e nello stesso Ulpiano, che coglie una contraddizione tra il parere di Sabino e Cassio per i nati dagli animali e l'esclusione dalla nozione di frutto del *partus ancillae* secondo la *sententia Bruti*.

Le ragioni del *ius controversum* tradorepubblicano in materia di *fetus pecudum* sembrano acquisire lineamenti meno confusi. Si tratterebbe di una discussione fondata su due regole diverse relative ai modi d'acquisto dei nati degli animali. Da una parte, una linea interpretativa che, seguendo forse l'antica estensione ai nati dal bestiame dell'acquisto originario degli animali (selvatici o addomesticabili) per occupazione, accentuava la loro natura di *res nullius*. D'altra parte, un filone interpretativo che, già attestato nel formulario di vendita di Catone il censore (*de agri cult.* 150), considera i nati dal bestiame domestico come *fructus* e quindi spettanti, con la separazione, al *dominus* della madre o all'avente diritto ai frutti.

4. *La nozione di* fructus *nei* XVIII libri iuris civilis *di Quinto Mucio Scevola* pontifex *come bene nuovo nato* ex ipso corpore *della cosa-madre*

A. *D.50, 16, 121:* Usura pecuniae in fructu non est. *L'esclusione degli interessi pecuniari percepiti dalle somme date in prestito viene fondata sul non soddisfacimento del requisito della derivazione del frutto* ex ipso corpore.

Pomp. *libro sexto ad Q.Mucium* D.50, 16, 121
Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione[65]

[65] La L. 121 D. 50, 16 ha rappresentato la regola cardine in materia di *usurae* fino al XIX secolo; Essa entra in crisi alla fine del XIX e inizio del XX secolo, all'interno di una concezione degli interessi del danaro come 'frutti' del capitale, in quanto è regola che non è suscettibile di una lettura coerente con questa concezione. A riguardo, fondamentale, F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* cit., VI, 102 ss. e n. a-b; pp. 140 ss.; cfr. altresì il disagio espresso dal L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., II, pp. 177 ss.; in particolare p. 179 e pp. 200 ss., p. 206. Per gli storici dell'economia il passo dimostrerebbe «l'ignoranza del valore produttivo del danaro» che avrebbe impedito di cogliere il «nesso tra *sors* e *usura*» (H. VON SCHEEL, *I concetti economici fondamentali del* Corpus Juris Civilis, trad. it. in *Biblioteca di storia economica*, diretta da V. PARETO, I. 2 Milano 1906, pp. 730 ss. [= *Due saggi intorno ai concetti economici di valore nell'antichità classica*, in *Antiqua* 13, con nota introduttiva di G. MELILLO, Napoli (1981), pp. 23 ss.], le parole riportate sono a p. 744 [=p. 38]), ignoranza coerente con una concezione del danaro come semplice «mezzo di scambio» (C. NICOLET, *Il pensiero economico dei Romani*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. FIRPO, vol. I *L'antichità classica*, Torino 1982, pp. 877 ss., in particolare pp. 908-918; ID., *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athaeneum* [1984], pp. 105 ss.; in parziale disaccordo col Nicolet, vd. E. LO CASCIO, *Teoria e politica monetaria a Roma tra III e IV sec. d. C.*, in *Società romana e impero tardoantico I. Istituzioni ceti e economie*, a cura di A. GIARDINA, Roma-Bari [1986], pp. 535 ss. testo; pp. 779 ss. note) ed espressione di una sua condanna morale come autonoma fonte di nuova ricchezza, in quanto *contra naturam* (G. TOZZI, *Economisti greci e romani*, Milano [1961], p. 452). Il '900 ha rappresentato sicuramente l'età 'critica' del frammento in esame, nel senso che esso viene a trovarsi fortemente sminuito nel suo significato storico e dogmatico dalla prospettiva dell'interprete di questo secolo. Al di là, infatti, del ribaltamento della regola realizzatosi nei codici e soprattutto nell'interpretazione su questi, dal punto di vista romanistico emerge la tendenza a rimuoverlo o a non valorizzarlo nella prospettiva, spesso inconsapevole, degli interessi come 'frutti' del capitale: cfr. ad es. C. FADDA, *Le* usurae quae officio judicis praestantur, in RISG. 2 (1886), p. 355; in RISG. 3 (1887), p. 24 [=ID., *Studi e questioni di diritto*, Napoli (1910), pp. 229 ss.]; S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., p. 590; e più di recente J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de fruitos,* in BIDR. 90 (1987), p. 450; H. WAGNER, *Remarks on the History of Interest on Loans*, in *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*, a cura di M. J. PELÁEZ, Barcelona (1989), vol. X, pp. 2815-2816. Meno condizionati nella lettura del frammento dalla concezione degli interessi come frutti del capitale, H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 225-226; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 454-455; H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon* cit., p. 223; N. HERZEN, *Les produits de la chose et le possesseur de bonne foi*, in *Mél. Girard* 1, p. 546; V. SCIALOJA, *La teoria della proprietà*, I cit., pp. 98-99; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 191; M. BRETONE, *Frutti* cit., p. 666 e in rapporto a n. 25; M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 384; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 197; C. RASCÓN, *Los intereses de la dote D. 23, 3, 69, 1*, in RIDA. 23 (1976), p. 214; F. BENEDEK, *Eigentumserwerb an Früchten im römischen Recht* cit., p. 4; ID., *Fruchterwerb des Eigentümers* cit., pp. 80-81; richiama soltanto il testo R. HERRERA BRAVO, Usurae. *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano,* Universidad de Jaén (1997), p. 24; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del* mutuum *en el derecho romano*, Jaén (1999), p.78.

[66] O. LENEL, *Das Sabinussystem*, Strassburg (1892), pp. 11 ss. [= in *Gesammelte Schriften*, hrsg. O. BEHRENDS - F. D'IPPOLITO, II 1892-1901, Antiqua 53, Napoli (1990), pp. 1 ss.]; F. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt I. Liberae rei publicae iuris consulti*, Lipsiae (1896), pp. 62-64; S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio* ad Quintum Mucium, Palermo (1900), II, pp. 123-124; G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV, pp. 445 ss., in particolare 447 [= *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano (1992), pp. 15 ss., 17]; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* cit., pp. 111-112; M. LAURIA, *Ius Romanum* cit., I, 1, p. 65; D. LIEBS, Variae lectiones *Zwei Juristenschrift*, in *Studi Volterra* V, pp. 51 ss., in particolare 72 ss. e 74 n. 93. Ora per un sintetico quadro dei temi toccati dal *De iure civili* di Q. Mucio, vd. anche V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, Napoli (1993), pp. 22-23 n. 21.

Il commento di Pomponio in 39 libri ai diciotto libri *De iure civili* di Quinto Mucio Scevola il pontefice rispetta l'ordine dell'opera commentata[66]. Il sesto libro corrisponde all'incirca al secondo libro dell'opera muciana. Siamo all'interno della parte dedicata ai legati ed in particolare *De usufructu legato*[67]. Il giurista deve stabilire se nel contenuto di un legato d'usufrutto

[67] Contra S. DI MARZO, *Saggi critici* cit., I (1899), pp. 51-53; II cit., p. 121 che pensa a *De legatis indebite solutis*, senza peraltro un approfondimento di D. 50, 16, 121 che viene semplicemente col-

rientrino anche gli interessi pecuniari percepiti dalle somme di danaro date in prestito.

Riguardo al tipo di situazione sottintesa, si deve pensare più che ad un legato d'usufrutto del *nomen*[68], ad un legato d'usufrutto degli *omnia bona*, che sollevi la questione se le *usurae* ricavate dalle somme di danaro del patrimonio ereditario date in prestito[69] siano del legatario in base al suo diritto d'usufrutto sull'intero patrimonio[70].

legato a D. 6, 1, 62 e D. 22, 1, 34, pur riconoscendo che i libri IV e V del commento di Pomponio trattassero *De usufructo legato* e *De usu legato* e svalutando l'*inscriptio* di D. 7, 4, 22.

[68] In astratto, infatti, sebbene l'emanazione del SC. sul quasi-usufrutto modificherà la prospettiva da cui i giuristi guardano e danno rilevanza al legato d'*usus fructus nominis*, ciò non implica che esso non si potesse porre all'attenzione della giurisprudenza prima del SC. stesso. In questi termini, il problema potrebbe assumere una certa importanza riguardo alla valutazione del legato di credito come legato della *res debita* in termini di *res corporalis;* vd. B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto obbligatorio nel diritto romano*, Napoli (1964), pp. 21 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* I, Padova (1964), pp. 9 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 44 (1963-64), pp. 627 ss. Se però, in concreto, si tiene conto che nel caso rilevante in D. 50, 16, 121 la *res debita* è *pecunia*, perde rilevanza il collegamento col legato di credito, dato che una volta esatta la somma di danaro dovuta, non sarebbe stato possibile prima del SC. trasferirla al legatario come oggetto del suo diritto d'usufrutto, data la sua natura di cosa consumabile.

[69] Il punto merita un chiarimento. Il legato d'usufrutto *omnium bonorum* è sicuramente presente nella prassi ben prima del senatoconsulto sul cd. quasi usufrutto; vd. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 425-426 in base a Cic., *Top.* 3, 17; vd. altresì Cic., *Pro Caec.* 4, 11, su cui G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto*, I, Padova (1977), pp. 67 ss. Il problema, per come è impostato in D. 50, 16, 121, non coinvolgerebbe l'usufrutto della *pecunia* come tale, ma la possibilità che l'usufruttuario acquisti gli interessi maturati sui crediti dell'eredità. Non coinvolge, invece, l'altro problema dei poteri del legatario dell'*usus fructus omnium bonorum* sulle cose consumabili prima del SC. sul cd. quasi-usufrutto. A questo riguardo, peraltro, la testimonianza di Cic. *Pro Caec.* 4, 11, che parla di *frui una cum filio* rispetto alle *res in patrimonio* (su cui vd. ora J. W. TELLEGEN - O. TELLEGEN COUPERUS, *Joint Usufruct in Cicero's Pro Caecina*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas*, ed. by P. BIRKS, Oxford [1989], pp. 195 ss.) nulla ci dice rispetto alle cose consumabili presenti nel patrimonio ereditario, né tanto meno è rilevante per accertare un'eventuale facoltà dell'usufruttuario *omnium bonorum* di dare in prestito le somme di danaro comprese nell'eredità. In realtà, da come i giuristi classici descrivono gli effetti del SC. sul quasi usufrutto *post quod omnium rerum usus fructus legari poterit*; D. 7, 5, 3; *omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret usus fructus legari poterit*, D. 7, 5, 1; vd. altresì D. 33, 2, 1 e D. 35, 2, 69, sembra che, prima del senatoconsulto: a) le cose consumabili, pur in astratto contenute nelle espressioni usate dal testatore come *omnia bona*, *omne quod meum est*, *omnes res quae in patrimonio sunt,* non venissero valutate dai *prudentes*, in sede interpretativa, come contenute nel legato d'usufrutto che peraltro veniva considerato valido ed efficace; b) i crediti ponessero una questione a sé, sebbene dopo il riconoscimento della possibilità di contenerli nella disposizione del senato, si impose anche ad essi il regime della *cautio*.

[70] Altra ipotesi propone il LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* Lipsiae (1889; rist. con L. E.

La giurisprudenza successiva al SC. sul cd. quasi-usufrutto[71] estende il legato d'usufrutto *omnium bonorum* ai crediti in base al SC. stesso (vd. Pomp. 5 *ad Sab*. D.35, 2, 69; Cass. e Proc. in D.7, 5, 3; Papin. in D.33, 2, 24 pr.). Al contrario, invece, in D.50, 16, 121 tutto il discorso si muove nell'ottica dell'ampiezza del diritto d'usufrutto ed in particolare sul significato di *fructus* e sull'ascrivibilità in esso dell'*usura pecuniae*.

Giusta l'emanazione del SC tra il 44 a.C. (Cic., *Top.*, 3, 17)[72] e al massi-

SIERL, *Supplementum*, Graz, 1960), II, col. 65 n. 3, che pensa ad un usufruttuario che, venduto ad altri l'esercizio del suo diritto d'usufrutto sulla cosa, percepisca degli 'interessi' sul prezzo pattuito in base alla regola applicata in materia di compravendita. In questo caso, però, il modo di esprimersi della testimonianza non sarebbe adeguato. Non si comprende, infatti, in che senso fosse essenziale negare natura di *fructus* alle *usurae pretii* che il compratore dell'esercizio dell'*uti frui* avrebbe dovuto pagare al venditore-usufruttuario, nel caso in cui quest'ultimo abbia già reso possibile l'esercizio dell'*uti frui*, senza un contestuale pagamento del prezzo dovuto. Accertare se queste *usurae* fossero o meno un frutto, per assumere una qualche rilevanza nel rapporto tra venditore-usufruttuario e acquirente dell'esercizio del godimento, potrebbe semmai essere acconcia agli interessi pecuniari pagati da terzi in relazione ai beni in usufrutto. Cfr. sul problema del *praestare usuras* nella compravendita, C. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali nel diritto romano*, Milano (1969), pp. 21 ss.; e più di recente, R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS. 105 (1988) R. A., pp. 514 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in ED. XLVI (1993), pp. 420 ss. In D. 50, 16, 121, poi, sia si mantenga l'attuale tenore, sia si climini il *nova*, l'autore ha presente *usurae* dovute in base ad una *obligatio*, ed in particolare, come vedremo, ad una obbligazione autonoma nata dalla *stipulatio usurarum*. Ad *usurae* pagate sul prezzo non si collega infine la *nova obligatio*, dato che si tratta eventualmente di *usurae ex eadem obligatione* in base all'*officium iudicis*; Herm. D. 19, 1, 49; Pap. D. 16, 3, 24.

[71] Sul SC sul cd. quasi-usufrutto vd. *infra* pp. 208 ss.

[72] Cic., *Top.* 3, 17: *Ex contrario autem sic: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria.* Secondo dottrina consolidata, Cicerone, pur all'interno di un elenco di *topoi* retorici, tramanderebbe una preziosa notizia sull'inesistenza, per quest'epoca, dell'usufrutto di cose consumabili, come appunto il vino e l'olio contenuti nelle cellae vinarie ed olearie; G. NOODT, *De usufructu libri duo*, in *Opera omnia*, Neapoli (1786), (caput XX) II, p. 167; G. F. PUCHTA, *Über das Alter des* quasi-usufructus, in *Rh. Museum* 3 (1829), pp. 82 ss. [= *Kleine civilistischen Abhandlungen*, Leipzig (1851), XI, pp. 214 ss.]. Contro questa tesi si è espresso il CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi Grosso* II, pp. 119 ss.; ID., *L'*argumentum ex contrario *in Cicerone e Boezio, con particolare riferimento a Cicerone,* Top. 3, 17, in *Hommages Renard*, I, pp. 280 ss.; ID., *Studi sul quasi usufrutto I. Problemi di datazione*, cit., pp. 119 ss. Premesso che lo spostamento all'età di Cesare del senatoconsulto non determinerebbe ai fini del discorso che svolgo in rapporto al *De iure civili* di Q. Mucio alcuna modificazione, mi sembra tuttavia che i dubbi sollevati in dottrina sulla tesi del Crifò siano convincenti; vd. a riguardo F. GALLO, in *Iura* 28 (1977), pp. 234-237. In particolare, il tentativo di spostare l'oggetto del discorso svolto in *Top.* 3, 17 dal contenuto delle *cellae* alle *cellae* stesse, come spazi adibiti ad una certa funzione economico-sociale (pp.

mo l'età di Tiberio (Sabino D.7, 5, 5, 1; Nerva *pater*, Proculo e Cassio, D.7, 5, 3 Ulp. *18 ad Sab.*)[73], si deve dedurre che la regola affermata in D.50, 16, 121 sia di Q.Mucio. Il successivo intervento del Senato[74], *utilitatis causa*, conferma l'impossibilità di raggiungere con effetto immediato lo stesso risultato attraverso l'*interpretatio prudentium*, cioè lo strumento principale di elaborazione e sistemazione del *ius civile* in quest'epoca.

Q. Mucio utilizza una nozione naturalistica di frutto, sia nel risultato,

144-148), mi sembra non coerente col tenore della testimonianza e con lo stesso *topos* retorico *ex contrario* entro il quale si esplicita la *ratio* dell'*exemplum ex iure*; sulle fonti degli *exempla* utilizzati nei *Topica*, vd. ora una messa a punto dello *status quaestionis* in F. BONA, *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Q. Mucio Scevola* cit., pp. 254-259. Il legato d'usufrutto ha ad oggetto tutti i beni del marito (*usus fructus bonorum meorum)*, quindi anche le celle vinarie ed olearie. Ma il *cellis vinariis et olearíis plenis relictis* del testo ciceroniano esprime la situazione di fatto che presuppone il problema giuridico da risolvere. L'argomento sul quale si fa forza è tecnico-giuridico e, per Cicerone, andrebbe ascritto nel *topos* retorico *ex contrario*. La moglie, infatti, usufruttuaria di tutti i beni del marito, lasciate da questi colme le celle vinarie e olearie, ritiene di poter acquistare al suo patrimonio i beni in esse contenute cioè vino ed olio, in quanto 'frutti'. L'*id ad se pertinere* è linguaggio tecnico ed esprime proprio questa convinzione della moglie; vd. F. GALLO, *op. ult. cit.*, 236. La fonte giuridica a cui Cicerone attinge l'esempio, invece, nega che ciò le spetti a differenza del vino e dell'olio da lei prodotti nell'esercizio del suo *ius* di *uti frui* sugli *omnia bona*. Quelli che riempiono le celle non possono essere da lei acquistati in proprietà, perché non sono stati da lei percepiti nell'esercizio del godimento espresso dall'*uti frui*, ma cose consumabili già prodotte al momento del *dies cedens*. Su di esse l'*uxor* ha solo un *uti*, cioè una facoltà di utilizzazione limitata ai bisogni personali. L'*abusus* non ha quindi nella fonte ciceroniana necessariamente il significato di uso che implica consumazione, ma quello di 'andare oltre l'uso ammesso' di *male uti*, come ha esattamente precisato il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, p. 185 e nessun *frui*, cioè nessuna facoltà di sfruttamento delle potenzialità di reddito di queste cose. Fondamentale a riguardo la stessa posizione di Sabino e Nerva in D. 7, 8, 12, 1 fondata sul *sed ad usum, scilicet non usque ad abusum* proprio in relazione a olio, frumento e *fruges*. In *Tit. Ulp.* XXIV, 27: *senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis*, invece, *abusus* ha proprio il significato di uso che implica consumazione. Al contrario per il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, 142 ss., oggetto dell'*abusus* in Cic. *Top.* 3, 17 sarebbero le celle come tali, che in quanto piene permetterebbero un loro uso soltanto previo svuotamento, a «grave danno» della «produzione» di vino e di olio che ivi si svolge.

[73] Vd. altresì D. 7, 5, 2 pr. -1; *Tit. Ulp.* XXIV, 27 vd. n. precedente; I. 2, 4, 2. Sul punto vd. *infra* pp. 208 ss.

[74] Ulteriore elemento della datazione non alta del senatoconsulto, data la crescita quantitativa dall'età postcesariana di tale fonte del diritto; vd. ad es., pur con sfumature diverse, lo stesso G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in BIDR. 71 (1968), pp. 31 ss.; e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, 1, Napoli (1974²), pp. 563-567; R. J. A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton Un. (1984), pp. 431 ss.

sia nel processo di produzione[75]. Una cosa per essere frutto di un'altra deve venire in esistenza, derivare (*ex...*) 'corporalmente' da quella, che ne è unica causa efficiente[76].

L'ulteriore approfondimento introdotto con l'*id est* sembra la conseguenza di uno sviluppo interpretativo della regola più antica che coinvolge il concetto di *corpus*[77] in relazione alla *pecunia credita*.

Il giurista, in sostanza, verifica la tenuta della regola più antica rispetto agli interessi pecuniari. Egli precisa che gli interessi percepiti dalle somme date in prestito non derivano dalla stessa obbligazione avente ad oggetto la *pecunia credita*, ma da una *nova obligatio*.

L'autore del *nova* ha, quindi, in mente esclusivamente lo schema *mutui datio - stipulatio usurarum*[78]. Egli sembra non dare rilievo, invece, alle *usurae* dovute insieme all'*obligatio* principale, *officio iudicis,* in base ad un'unica *causa obligationum*, come invece dall'età di Labeone, le *usurae* riconosciute per mora, uso indebito e patto nell'*oportere ex fide bona* nato dalla vendita, dalla società, dal mandato, dalla *negotiorum gestio* e dalla tutela[79].

[75] *F. DUARENI in septimam partem pandectarum sive digestorum commentarii,* in *Opera omnia*, Lucae (1766), III, p. 499; R. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht,* Leipzig (1844), p. 65; H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 226; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 454; e di recente F. BENEDEK, *Fruchterwerb des Eigentümers* cit., pp. 80-81.

[76] La *causa 'id ex quo'* è presente nella dogmatica sulle *causae* / αἰτίαι della Stoa (τὸ ἐξ οὗ τι γίγνεται; Sext. Emp., *Math.* 10, 7 = SVF. II, 162, 1, 19 ss.) che sviluppa idee aristoteliche (τὸ ἐξ οὗ γίγνεται; Arist., *Phys.* II, 3, 184b 16; Sen., *Ad Luc.* VII, 65, 4) e platoniche (*id ex quo*; Sen., *Ad Luc.* VII, 65, 8). Vd. a riguardo la messa a punto di A. M. IOPPOLO, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in ANRW. II. 36. 7 (1994), pp. 4491 ss. Nella dottrina romanistica si soffermano particolarmente sulla ricchezza di significati del concetto di *causa* V. GEORGESCU, *Le mot* causa *dans le latin juridique* (1934-35), in *Études de philologie juridique et de droit romain*, Bucarest-Paris (1940), pp. 129 ss.; e più di recente D. NÖRR, *Causa mortis*, München (1986), pp. 25 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona (s. d. ma 1996), pp. 33 ss. Sul rapporto con contratto vd. da ultimo, C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Atti Palermo 1995*, a cura di L. VACCA, Torino (1997), pp. 35 ss.

[77] Giustamente il SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 455, coglie in questa seconda parte un «anderen, übertragenen Sinn».

[78] Vd. sulla *pecunia credita sub usuris* in Q. Mucio, Cels. D. 17, 1, 48. Sulla struttura giuridica evocata dal *nova obligatione* cfr. già *J. CUIACII recitationes solemnes ad tit. XVI De verb. sign.,* in *Opera omnia* cit., VIII, col. 576 B; TH. GIMMERTHAL, *Über die Officialzinsen*, in *Arch. civ. Praxis* 61 (1878), 375; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 455.

[79] Pomp. *13 ad Sab.* D. 17, 2, 60 pr.: vd. a riguardo G. CERVENCA, *Usura (dir. rom.)*, in ED. XLV (1992), pp. 1125 ss. Per altri esempi di *usurae* nate dalla medesima *causa obligationum* della

Lo svolgimento interpretativo della seconda parte di D.50, 16, 121 fonda l'*in fructu non esse* sulla constatazione che le *usurae* non sono prodotte *ex ipso corpore*, ma da un'autonoma *causa obligationum*, in particolare la *stipulatio usurarum*, diversa da quella che fonda l'obbligazione di restituzione della *sors* (*mutui datio*). Per il giurista autore dello svolgimento interpretativo della regola insito nel *nova*, oltretutto, la derivazione degli interessi da un rapporto giuridico non sembra escludere di per sé la possibilità di verificare la regola dell'*ex ipso corpore*[80]; è al contrario la constatazione

pecunia presenti nelle opere di Pomponio vd. D. 18, 2, 15, 1 *emptio venditio*; D. 13, 7, 6, 1 *pignus*. Peraltro, la giurisprudenza romana ha riflettuto su queste diverse cause fonti di un debito degli interessi, cogliendone il comune denominatore non tanto nell'*obligatio contracta*, quanto nell'*officium iudicis* vd. Pap. D. 16, 3, 24; Pap. in *Vat.* 2; Paul. D. 19, 2, 54 pr.; Hermog. D. 19, 1, 49, 1; sul punto vd. oltre a C. FADDA, *Le* usurae quae officio iudicis praestantur cit., in RISG. 2 (1886), pp. 355-405; e in RISG. 3 (1887), pp. 3-45 [= ID., *Studi e questioni di diritto* cit., pp. 229 ss.]; e G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* "usurae" cit., pp. 217 ss.; ora anche R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., p. 517 che parla di debito di interessi in questi casi come costituito «nicht... durch eine selbstständige Obligation..., sondern nur durch Einbeziehung in den Klaggegenstand».

[80] Sembra che pur trovandosi di fronte ad un reddito fondato su un rapporto obbligatorio, egli non senta la necessità di esplicitare la sua essenza come 'diritto' a vantaggio del creditore (*ius obligationis* in Gai. II, 14), come cosa incorporale per eccellenza. Potremmo trovarci di fronte ad una concezione dell'obbligazione che privilegi ancora l'aspetto materiale di ciò che è dovuto rispetto al vincolo ideale diretto ad una prestazione. Il problema della «definizione giuridica» dell'obbligazione in rapporto alla «fenomenologia di varia origine e già piuttosto complessa» dell'età repubblicana è un problema aperto; vd. M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in ED. XXIX (1979), pp. 15-16. L'*obligatio*, a differenza di altri istituti come ad es. la *possessio*, viene probabilmente attratta nella categoria delle *res incorporales* non prima del I sec. d. C. (vd., con diverse sfumature, G. PUGLIESE, Res corporales - res incorporales *e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz* III, pp. 223 ss., in particolare 246-248; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione* "res corporales" - "res incorporales", in *Labeo* 20 [1974], pp. 362-369; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni* res corporales - res incorporales *e* res mancipi - res nec mancipi *nella sistematica gaiana*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino (1976), pp. 407 ss., in particolare 424 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle* res corporales *e* incorporales *quali elementi del patrimonio in margine al pensiero di G. Scherillo*, in *G. Scherillo. Atti del Convegno Milano 22-23 ottobre 1992*, Milano [1994], cito da ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid [1994], pp. 177 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, Roma-Bari [1998], pp. 190-191). Negli ultimi secoli della repubblica potrebbe ancora resistere una nozione del *debitum* costruita tutta sull'oggetto dovuto; vd. G. GROSSO, *La distinzione fra* res corporales *e* res incorporales *e il secondo capo della* lex Aquilia, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, pp. 791-795; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino (1967²), p. 186; sul punto ora anche M. BRETONE, *op. ult. cit.* Il GROSSO accentua, infatti, in base al risarcimento *ex secundo capite legis Aquiliae* (Gai. III, 215: relativo al caso in cui l'*adstipulator* in frode al creditore rimetta il credito con *acceptilatio* al debitore), il «parallelismo» tra questa ipotesi e le altre due tutelate nel primo e nel terzo dei *capita* della legge. In particolare «si tratterebbe... di un paral-

che si tratti di un reddito fondato su un rapporto giuridico indipendente da quello che coinvolge la *sors* a fondare l'esclusione dell'*usura pecuniae* dal *fructus*.

Contro questa interpretazione sta l'eliminazione del *nova* proposta dal Bonfante[81]. Così si restringerebbe il significato di *corpus* alla sola *pecunia* e non alla obbligazione pecuniaria, e quello di *causa* al solo rapporto obbligatorio e non alla *causa obligationum*. In sostanza, secondo l'ipotesi del Bonfante, la L.121 avrebbe negato all'*usura pecuniae* natura di frutto in quanto non prodotta corporalmente dal danaro, ma dovuta in base ad un rapporto giuridico.

A mio avviso, invece, proprio il fatto che l'autore dell'*id est nova obligatione* risolva il problema posto dall'*usura pecuniae* verificando la tenuta della *regula* dell'*ex ipso corpore*, è un forte indizio per la genuinità dell'aggettivo.

Siamo di fronte ad una concezione preesistente e ad un suo svolgimento interpretativo legato all'ipotesi particolare delle *usurae*. La concezione è quella della antica nozione naturalistica, che trova eco nella definizione per disconoscimento data da Q. Mucio (questo non è x perché manca k)[82].

Lo svolgimento interpretativo che coinvolge la regola rispetto alle *usurae*, è da imputare allo stesso Q. Mucio e dimostra come su di essa si stessero operando affinamenti dogmatici legati ai suoi contenuti (*ex ipso corpore*) per verificarne la tenuta rispetto alle potenziate possibilità di reddito derivanti dalle attività negoziali, anche relative ai negozi di credito.

Come abbiamo visto in D.22, 1, 19 pr., analoga verifica con risultati opposti, seppur entro il diverso istituto del *restituere* nella rivendica con *formu-*

lelismo che nell'autore della legge può essere sentito nella sua immediatezza grezza, fra crediti e cose corporali, nella sanzione del danno arrecato *iniuria* ad altri, distruggendo o ledendo i loro beni» (p. 792). La precisazione è molto significativa se si tiene conto che la *lex Aquilia* è successiva alla *lex Poetelia Papiria*. È, infatti, possibile che l'*obligatio* fosse concepita prima della *lex Poetelia Papiria* del 326 a. C. in termini di vincolo corporale e materiale sul *corpus* del debitore, e dopo di essa come vincolo che astringe i *bona debitoris* come *corpus*; così R. ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, Torino (1968), p. 135 ed ora V. GIUFFRÈ, *La* substantia debitoris *tra* corpus *e* bona, in Praesidia libertatis. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana, Atti Copanello 1992*, a cura di F. MILAZZO, Napoli (1994), pp. 267 ss., in particolare 269 e 279.

[81] P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 191; così F. BENEDEK, *Eigentumserwerb* cit., p. 30 n. 4; ID., *Fruchterwerb* cit., p. 80 n. 4.

[82] Questo tipo di definizioni, riconosce il LANTELLA, *Pratiche definitorie* cit., p. 58, «sono piuttosto interessanti perché spesso, in mancanza di altre indicazioni, sono mezzi utili attraverso cui emergono con chiarezza le condizioni d'uso dei termini contemplati».

la petitoria, è operata da Elio Gallo in relazione alle mercedi locative. Si è quindi di fronte ad una riconsiderazione da parte della giurisprudenza tardorepubblicana della concezione naturalistica di frutto, sollecitata da nuove forme di reddito ricavate dalle cose attraverso la mediazione di un rapporto giuridico che le coinvolge.

B. *Il* fructus ex facto natus: *l'acquisto dei frutti della cosa donata da parte del coniuge donatario è limitato a quelli che possono considerarsi prodotti esclusivi del suo lavoro, dando rilievo al cd. principio di produzione D.22, 1, 45*

> Pomp. *libro vicesimo secundo ad Q.Mucium* D.22, 1, 45
> *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris quia non ex facto eius is fructus nascitur.*

La critica si è concentrata sulla seconda parte del passo[83], ed in particolare sull'*ex silva caedit* per la discordanza temporale col *decerpserit*[84] e

[83] Superate devono ritenersi le ipotesi critiche su tutta la seconda parte del passo (ad es. S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 696 n. 4 [*illos-nascitur*]; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris (1928), p. 59 n. 2, che salva solo il *sicuti-possessoris*). Essa sembra coerente con I. 2, 1, 35 (*naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura*; vd. a riguardo però *infra* pp. 381 ss.), sebbene sollevi grossi problemi interpretativi agli *antecessores* contemporanei alla Compilazione (sc. Ηρωτήθη a ἀπὸ ἔργου αὐτοῦ B. 23, 3, 45 [BS. 1688, 16 ss.] su cui vd. *infra* p. 391 n. 47); vd. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano (1908[3]), p. 372 n. 1; E. ALBERTARIO, *La responsabilità del* bonae fidei possessor, in BIDR. 26 (1914), p. 252; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede*, in *Studi Scorza* (1940), [cito da ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. DELL'AGLI - T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma (1982), p. 462 e nn. 21-22] e viene combattuta da altri giuristi classici (Paul. 7 *ad Plautium* D. 41, 1, 48 pr.; su cui vd. *infra* pp. 314 ss.), così da integrare un *ius controversum* in materia.

[84] L'UBBELOHDE, *Rechtshistorische- exegetische Studien*, in ZRG. 11 (1873), p. 253 parla di una *Fassung* «stümperhaft»; sulla scorrettezza formale del [*vel ex silva caedit*] vd. anche G. BESELER, *Lucubrationes Balticae*, in SDHI. 3 (1937), p. 375 che per il resto ritiene il passo genuino; sulla probabile natura glossematica dell'inciso vd. M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in ZSS. 65 (1947) R. A., p. 257; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., p. 418 n. 59. Rimanendo su un piano formale, l'*ex silva caedit* potrebbe essere il frutto di un errore di lettura o di copiatura da un originario *ex silva cecidit*, quindi non più ciò che si taglia dalla foresta, ma ciò che è da essa caduto. L'*ex silva caedit* potrebbe, altresì, rappresentare l'uso classico del presente per esprimere un'azione reiterata di semplice taglio di legna dalla foresta cedua (su questa modalità d'uso del presente

sull'estensione del ragionamento svolto nel passo ad ogni *bonae fidei possessor*[85]. L'intricato gioco di istituti e la presenza di contraddizioni con altre fonti giuridiche ne hanno caratterizzato nel tempo la difficoltà di interpretazione e di approfondimento storico. Ritengo, però, che possa considerarsi già presente nei libri *De iure civili* di Quinto Mucio non solo la prima proposizione del frammento in esame, ma nella sostanza tutto il discorso svolto[86].

Mi sembra, infatti, che una lettura tesa a dividere la prima proposizione

indicativo vd. J. B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, II, München [1972], p. 305). La tradizione bizantina non è omogenea: da un lato, nello Sch. di Steph. Στεφάνου. Εἰ καὶ a B. 23, 3, 45 (BS. 1688, 4 ss.), si ricorda soltanto l'esempio dei *poma*; d'altro lato B. 23, 3, 45 (BT. 1128-1129) parla esplicitamente di taglio dell'uva e della foresta (Εἰ δὲ ὀπώραν ἢ ὕλην ἔκοψεν).

[85] Il *sicuti/possessoris* sarebbe la conseguenza di una interpolazione perché il coniuge donatario non è un possessore di buona fede in base alla nullità *iure civili* dell'atto di trasferimento *donandi causa* tra *vir* e *uxor*, in conseguenza del divieto introdotto *moribus*; A. UBBELOHDE, *Rechtshistorische-exegetische Studien* cit., p. 253 integra con <*sicuti nec eius, qui rem usurecepturus vel improbe pro herede usucapturus est*>, avvicinando il coniuge donatario a forme di possesso rilevanti nel *ius civile* che prescindono dalla *bona fides*. Sull'interpolazione vd. anche EISELE, *Beiträge zu Erkentniss der Digesten-interpolationen*, in ZSS. 13 (1892), p. 146; A. PERNICE, Labeo. *Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, 1[2] Halle (1895), cito da rist. Aalen (1963), C, p. 358-359 n. 2; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 463; M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., p. 257; ID., *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 418 ss.; J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de frutos* cit., p. 451. L'affermazione è giusta. Va tenuto, altresì, conto della discussione classica tra Trebazio in D. 41, 6, 3 che riconosce comunque all'*uxor* di possedere, e addirittura di *possidere pro donato* nel caso in cui non si arricchisca a danno del marito, ad es. perché egli le dona una *res aliena*; Cassio in D. 41, 6, 1, 2 che nega al coniuge donatario non la *possessio* come tale, ma quella *ad usucapionem*; Nerazio D. 24, 1, 44 e Giuliano D. 5, 3, 13, 1 che parlano a riguardo di *possessio pro possessore* (vd. sul punto G. NICOSIA, *Donazione fra coniugi e* usucapio pro donato, in AG. 151 [1956], pp. 67 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 355 ss.; ID., *Neraz D. 24, 1, 44*, in T. 30 [1962], pp. 336 ss.; K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien [1974], pp. 89-90 e n. 13; su D. 22, 1, 45 vd. p. 72 n. 16 e pp. 267-268). Dal punto di vista grammaticale, poi, il vero problema non sarebbe dato dal *sicuti*, che indica lo sforzo di estendere la disciplina ad una fattispecie sentita come diversa (vd. esattamente G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs* cit., p. 78), ma dal *cuiuslibet* che implica la maturazione di una categoria dogmatica generale di *possessores bonae fidei* (vd. Paul. D. 41, 2, 3, 22) nella quale sembra ascriversi non correttamente il coniuge donatario. Per un *ius controversum* in materia opta F. W. TIGERSTRÖM, *Die* bonae fidei possessio *oder das Recht des Besitzers*, Berlin (1836), p. 74 n. 2 (continua da p. 73).

[86] Già il PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 358 n. 2 notava che la tesi di Pomponio relativa al coniuge donatario può aver subito l'influsso di «eine veraltete Ansicht Scaevolas». Il KASER, che in un primo momento aveva limitato la parte attribuibile a Quinto Mucio alla prima proposizione (*Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., p. 257; così anche K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., 72 n. 16), ritiene muciana, in un successivo scritto, la parte fino a *serendo* (*Zum Fruchterwerb* cit., p. 418). Per la paternità muciana del principio esposto in D. 22, 1, 45 opta G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage* cit., p. 81. Scettico sulla possibilità di separare le due concezioni, J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas*

(*fructus/facit*) dal resto del discorso non renda ragione del *percipiendo*. Con esso si afferma che il coniuge acquista i frutti della cosa donata con il *percipere*. L'affermazione non è legata semplicemente al riconoscimento di un acquisto dei frutti nati dalla cosa donata pur esistendo il divieto di donazioni tra coniugi, ma esplicita che il coniuge fa suoi i frutti di essa solo con la *perceptio*. Proprio il significato di *perceptio* nell'età di Q. Mucio (cfr. ad es. Cic. *De off.* II, 3, 12)[87], come implicante comunque un'*opera hominis,* impone di precisare che il *percipere* del coniuge donatario debba collegarsi ad una attività che partecipi al processo di produzione del frutto, e non semplicemente di raccolta di esso dalla cosa donata una volta venuto ad esistenza. È l'aver seminato (*serere*) il fondo donato a rappresentare l'ipotesi calzante per chiarire il discorso svolto, e non tanto in funzione della spesa sostenuta dal coniuge per le sementi[88], quanto per il completo ciclo lavorativo che ciò implica (dalla *satio* alla *perceptio*). L'*exemplum* che segue è quindi strettamente connesso col discorso svolto: se il coniuge donatario, infatti, abbia colto una frutta d'albero nata spontaneamente nel fondo donato, non l'acquista, giacché tale frutto 'non nasce' *ex facto eius*.

Come si è già accennato, presupposto dall'angolatura della testimonianza di D.22, 1, 45 è il divieto di donazioni fra coniugi, nato attraverso l'*interpretatio* nei *mores* (D.24, 1, 1)[89]. Esso non è ancora maturato come

de la adquisición de frutos cit., p. 451. Dal punto di vista palingenetico Pomponio sta commentando probabilmente già la parte dei *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio dedicata a *De possessionibus et usucapionibus* (XI?), come con certezza possiamo affermare per i libri XXIII-XXVI dell'*Ad Quintum Mucium* del giurista imperiale; F. P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* cit., I, p. 63; O. Lenel, *Palingenesia* cit., II, coll. 72-73. *Contra* M. Lauria, *Ius Romanum* cit., I. 1, pp. 125-128 che pensa alla parte di commento dedicata agli editti Fabiano e Calvisiano, dalla quale sarebbe emersa la problematica trattata. Sulla difficoltà, però, di seguire il Lauria nei collegamenti tra 'sistema' muciano e 'sistema' dell'editto vd. F. Wieacker, in *Iura* 16 (1965), pp. 272 ss.; pp. 278-279; M. Bretone, *La storia del diritto romano tra scienza giuridica e antichistica*, in *Iura* 39 (1988), pp. 19-20.

[87] *Neque frugum fructuumque reliquorum perceptio et conservatio sine hominum opera ulla esse potuisset.* Sulla *perceptio* vd. L. Aru, *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede*, in BIDR. 45 (1938), pp. 193 ss.; sul passo pp. 224 ss.; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 134 ss.; F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 116-119.

[88] Ciò significherebbe, coerentemente a Iul. D. 22, 1, 25, 1 che «das Kapitalaufwand, also die Kosten des Saatsgut, werden... als unbedeutendend vernachlässigt», M. Kaser, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., p. 418.

[89] Ulp. *32 ad Sab.*: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent...* Per il Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., p. 51 «l'operare dei giuristi si saldava con la recezione *moribus*, costituendone la molla normale e formando con essa un tutt'uno; i giuristi formulavano le loro proposte, le quali diventavano diritto se e nella misura in cui venivano ricevute nella vita concreta del diritto» ed in generale pp. 25 ss.; per alcuni esempi pp. 92 ss. Per un approfondimento del senso del *ius moribus receptum* in rapporto al divieto

regola nel *ius civile*[90] al tempo della *lex Cincia* (204 a.C.). Termine *ante quem* è Trebazio, che argomenta in materia secondo un principio acquisito, quello dell'arricchimento[91].

Dato il divieto di donazione fra coniugi, emerge la questione se il coniuge donatario possa però far suoi i frutti della cosa donata[92]. La risposta affermativa è peraltro coerente con l'altra emersa nella tradizione civilistica, e ricordata dallo stesso Pomponio, che separa il destino dei frutti da quello della cosa donata colpita dal divieto *ex lege (imperfecta) Cincia* (Pomp. *33 ad Sab.* D.39, 5, 9, 1)[93]. In questo caso, però, senza limitare l'acquisto ai frutti nati *ex facto*, così come lo stesso Giuliano in materia di donazioni fra coniugi (D.24, 1, 17 pr.)[94].

Crea problemi l'estensione della regola applicata per il coniuge donatario

di donazione tra coniugi, contro ipotesi che negano tale origine dell'istituto (vd. da ultima A. Manzo, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 [1991], pp. 342 ss.), U. Vincenti, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione fra coniugi*, in *Index* 27 (1999), pp. 464-466.

[90] *Vat.* 302: Paul. *LXXI ad edictum*: *Excipiuntur et adfinium personae ut prignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa.* La presenza, cioè, di *vir et uxor* tra le *personae exceptae* dal dettato della *lex Cincia* dimostra, infatti, che nei *mores* del *ius civile* nel 204 a. C. non fosse ancora emerso in modo quantomeno indiscutibile un divieto di donazione fra coniugi; vd. G. G. Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano (1960), pp. 195 ss.; su *vir* e *uxor* nel testo del plebiscito vd. F. Casavola, Lex Cincia. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana,* Napoli (1961), pp. 62-68. Di diverso avviso G. Scherillo, *Sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi Solmi* I, pp. 169 ss. e soprattutto M. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotwidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien (1977), pp. 114-115 che non dà importanza alla presenza dei coniugi tra le *personae exceptae* nella *lex Cincia* del 204 a. C. Lo stesso Kaser, peraltro, opta per una datazione alta del divieto di donazione tra coniugi in base a ragioni sociali (*op. ult. cit.,* pp. 115-116), in quanto l'altro argomento relativo alla irrealizzabilità del divieto con *lex perfecta* prima del II sec. a. C. potrebbe semmai confermare una maturazione di esso nell'*interpretatio* dei *mores*.

[91] Pomp. 24 *ad Q. Mucium* (D. 41, 6, 3): *si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere*. Sul passo vd. K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 70 ss.; e di recente Chr. Wollschläger, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion 75. G. F. Wieacker*, hrsg. O. Behrends-M. Diesselhorst- W. E. Voss, Ebelsbach (1985), p. 63.

[92] Esattamente K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit., p. 268; M. Kaser, *Zum Fruchterwerb* cit., 419 e p. 422; H. Ankum, Rc a Chorus, in *Iura* 28 (1977), p. 179. Sulla terminologia delle fonti relativa all'inefficacia della donazione fra coniugi vd. D. 24, 1, 3, 10-11 e K. Misera, *op. ult. cit.*, pp. 84 ss.; M. Kaser, *Über Verbotsgesetze* cit., p. 115.

[93] *Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationibus non computatur...*

[94] K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 267-268. Sul passo vd. *infra* pp. 227 ss.

alla classe dei *bonae fidei possessores*. Da un lato è difficile dire se Q. Mucio conosca una tale classe generale[95], oltre ai *genera possessionum* fondati sulle *causae possessionis*[96].

[95] Gai. II, 43. Nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio ritroviamo il principio che *ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest* (D. 41, 3, 24 pr.), collegato al divieto riaffermato dalla *lex Atinia* in relazione alle *res furtivae*. A riguardo, sia la discussione di Manilio, Bruto e P. Mucio in relazione alla retroattività della legge, sia la stessa necessità di riaffermare nel II sec. a. C. con la *lex Atinia* stessa il divieto decemvirale, parlano a favore di una *interpretatio prudentium* tesa a riconoscere, in base alla *bona fides* e alla *iusta causa*, l'usucapione del bene col decorso del tempo, per garantire la circolazione dei beni. Contro di essa, viene riaffermato «il carattere rigorosamente obiettivo del vizio di furtività»; F. GALLO, Potestas *e* dominium *nell'esperienza giuridica romana* cit., pp. 56-57 n. 99; ID., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., p. 132; seguito da O. BEHRENDS, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz*, Hrsg. O. B. -W. SELLERT, Göttingen (1995), p. 143. Significativo è anche il parere dei *plerique* in materia di usucapione del presunto bene ereditario da parte dell'erede, purché *pute <t> rem aliquam ex hereditate esse* (Pomp. *23 ad Q. Mucium* D. 41, 5, 3). Infine ai *veteres*, seguiti da Sabino e Cassio, la tradizione imputa una riflessione sul punto, in relazione all'acquirente di una *res mancipi* da una donna senza l'*auctoritas tutoris*. La *scientia* di questi avrebbe importato l'impossibilità di considerarlo di buona fede, sebbene per Labeone egli abbia comunque un possesso *pro possessore*, mentre solo con Proculo e Celso si ammetterà la *possessio pro emptore* (D. 18, 1, 27; Vat. 1); vd. ad es. M. KASER, *Fragmenta Vaticana I*, in *Labeo* 7 (1961), pp. 291 ss.; H. HAUSMANINGER, *Die* bona fides *des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München (1964), pp. 13 ss. e di recente A. BURDESE, *Capacità naturale e perdita del possesso*, in Sodalitas. *Scritti in onore A. Guarino* 2, pp. 773-775; ID., *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, I, Milano (1991), p. 123; in generale sul rapporto tra *possessio ad usucapionem* e *bona fides* vd. L. VACCA, Iusta causa *e* bona fides *nell'*usucapio *romana a proposito del titolo* pro suo, in *Sodalitas* cit., 4, pp. 1955 ss. Vedrei anche nel responso di Manilio e Bruto in materia di tesoro nascosto nel fondo usucapito ricordato in D. 41, 2, 3, 3 da Paolo, l'applicazione di un ragionamento dei *fundatores* che sottende *a contrario* una regola sulla buona fede (così ad es. A. PERNICE , *Labeo* cit., [II secondo la prima edizione dell'opera Halle (1878)], B, pp. 157-158; TH. MAYER MALY, *Studien zur Frühgeschichte der* Usucapio *III*, in ZSS. 79 [1962] R. A., pp. 105-107; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto romano*, Palermo [1985], p. 99 n. 359; contra A. WATSON, *The Law of Property* cit., pp. 55 ss.), sebbene in esso l'elemento soggettivo per l'usucapione del tesoro è irrilevante. Manilio e Bruto subiscono la critica di Paolo non rispetto all'acquisto del tesoro per usucapione insieme all'usucapione del fondo, ma rispetto all'esclusione, per questo acquisto, della rilevanza della buona fede (*ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum <usu> cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum...*). I *fundatores* fanno leva sull'estensione dell'oggetto posseduto, il fondo che contiene anche il tesoro nascosto, ed in tal modo possono prescindere in questo caso dalla *scientia* del possessore; vd. A. PERNICE, *op. ult. cit.*, p. 158-159; considerano irrilevante la buona fede A. CARCATERRA, *Possessio*, (Rist. anast. ed. Roma 1938), pp. 160 ss.; P. ZAMORANI, Possessio *e* animus, Milano (1977), pp. 181 ss.; sul passo da ultima P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo delle situazioni possessorie nel diritto romano classico*, Padova (1998), pp. 129 ss. sebbene sul punto preferisca non pronunciarsi (p. 136).

[96] Paul. *54 ed.* D. 41, 2, 3, 21: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius*

D'altro lato è da escludere una tale qualifica per il coniuge donatario (Iul. in Ulp. *32 ad ed.* D.24, 1, 19 pr.)[97]. A questi è riconosciuta, dopo discussioni, la *possessio pro possessore*[98]. L'inciso *sicuti-possessoris* potrebbe, quindi, essere una glossa postclassica che erroneamente generalizza il parere dato limitatamente al coniuge donatario; oppure con esso si vuole soltanto estendere una regola giuridica applicata in età più antica ad ipotesi nelle quali la

quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae; § 22: *vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide*; §23: *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est.* Q. Mucio ha una concezione dei *genera possessionum*, costruiti sulle diverse *causae possessionis*, che non si omologa automaticamente in quella di Paolo. Ciò peraltro non esclude che la seconda *divisio* ricordata nel § 22 non avesse profonde radici classiche (alla fine dell'età repubblicana pensa L. VACCA, *Usucapione (dir. rom.)*, in ED. XLV [1992], p. 999 n. 35). Per una concezione larga della *possessio* in Q. Mucio, propende G. BRANCA, Missiones in possessionem *e possesso*, in *Studi Solazzi*, pp. 483 ss.; ma vd. già E. I. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig (1880), p. 69; O. RUGGIERI, *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso I. Il possesso di diritto romano*, Firenze (1880), pp. 159-160. Sul rapporto tra Paolo e Q. Mucio vd. anche F. BOZZA, *Il possesso I. Corso di Pandette (1934-35)*, Napoli (1936), pp. 85-88; ID., *D. 41, 2, 3, 23 e la classificazione dei* genera possessionum, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964), pp. 616 ss.; M. LAURIA, Possessiones. *Età repubblicana*, Napoli (1953), p. 170: A. BURDESE, *Possesso (dir. rom.)*, in ED. XXXIV (1985), p. 454; J. L. BARTON, Animus *and* possessio nomine alieno, in *New Perspectives in the Roman law of Property* cit., pp. 43-44; L. WINKEL, Usucapio pro suo *and the Classification of the* causae usucapionis *by the Roman*, *ibidem*, p. 220; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario* ad edictum, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., p. 108 e n. 166. Sulle questioni relative alle tecniche diairetiche che il passo di Paolo solleva vd. M. TALAMANCA, *Lo schema* genus-species *nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma (1977), II, pp. 273 ss.

[97] *Si uxor filio donaverit servum, qui in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam acceperit, dominium mulieri quaeratur: nec interesse Iulianus ait, ex cuius pecunia haec ancilla empta sit, quia nec ex re sua quicquam adquiri potest per eum qui donatur ei cui donatur: hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est, virum autem scientem alienum possidere.*

[98] D. 41, 6, 3 (*supra* p. 111 n. 91); D. 41, 6, 1, 2 Paul. *54 ed.*:... *item vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare... possidere autem uxorem rem a marito donatam Iulianus putat.*; D. 5, 3, 13, 1 Ulp. *15 ed.*:... *item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum*; D. 41, 2, 1, 4 Paul. *54 ed.*: *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest...*; D. 24, 1, 44 Ner. *5 membr.*:... *sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis*; a riguardo vd. M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 355-359.

buona fede è assente, all'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, senza che ciò implichi una considerazione del coniuge donatario come possessore di buona fede.

Per questa ragione mi sembra difficile credere che esso fosse già presente in Quinto Mucio. Esso è da imputare ad un giurista per il quale l'acquisto dei frutti dalla cosa altrui è possibile esclusivamente a fronte di una sua buona fede. Al contrario la regola tramandata da D.22, 1, 45 in rapporto al coniuge donatario, prescinde dalla stessa e valuta il profilo della produzione. In particolare limita l'acquisto dei frutti dalla cosa altrui a quelli che possano considerarsi prodotti esclusivamente dal lavoro del possessore. Si è quindi di fronte ad una regola giuridica che non fonda l'acquisto dei frutti in base al tipo di rapporto che intercorre tra non proprietario e cosa altrui dalla quale essi si percepiscono, ma al contrario che riconosce lecita questa appropriazione soltanto quando i frutti possano considerarsi prodotti *ex facto eius*.

Dal punto di vista della regola enunciata in D.22, 1, 45, mi sembra sia da approfondire una interpretazione proposta in dottrina, che vi vedrebbe l'applicazione del cd. *Produktionprinzip*, principio nato nei rapporti agrari più antichi[99].

Di fronte ad un rapporto tra uomo e cosa non ascrivibile nello schema del *dominium*, né nella *possessio ad usucapionem*, come appunto quello tra coniuge donatario e *res donata*, il giurista applicherebbe la regola arcaica legata all'appropriazione da parte del *civis* del *fructus* dell'*ager publicus*[100] (sul punto vd. anche *supra* pp. 57-58). In sostanza, secondo questo principio, il coniuge acquisterebbe soltanto i frutti che dalla cosa donata ha prodotto con il proprio lavoro. La *possessio* della *res donata*, irrilevante ai fini dell'usucapione, ma idonea forse

[99] G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage* cit., pp. 80-81.

[100] Non è un caso, peraltro, che in Paolo in D. 41, 1, 48 pr., fissato il principio che il *bonae fidei possessor* acquisti tutti i frutti della cosa e non solo quelli prodotti *diligentia et opera eius*, la *ratio* di esso sia vista, invece, nel modello proprietario (*domini loco*); vd. a riguardo G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage* cit., pp. 80 ss. Sulle *possessiones* in rapporto all'*ager publicus* vd. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 243 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 320 ss.; M. MARRONE, *La posizione possessoria* cit., p. 26; e di recente A. BURDESE, *Possesso* cit., pp. 452-453; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Dominium *e* possessio *nell'Italia romana* cit., pp. 170 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni conclusive*, in *La proprietà e le proprietà* cit., pp. 194-195; O. BEHRENDS, *Bodenheit und privates Bodeneigentum* cit., pp. 272-280; L. VACCA, *Usucapione (dir. rom.)* cit., p. 991 n. 6; G. NICOSIA, *Il possesso* cit., pp. 87 ss.; G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 143 ss.

alla tutela interdittale (...*si maritus uxori donavit eaque <vi> deiecta sit, poterit interdicto uti*... D.43, 16, 1, 10), fonderebbe l'acquisto dei frutti nati *ex facto eius*. Non basta, quindi, un *facere* inserito nella naturale nascita dei frutti, come ad esempio raccogliere frutta dagli alberi o tagliare legna dalla foresta[101], ma bisogna che tali frutti siano nati, siano il prodotto del suo lavoro.

Soltanto quando il 'lavoro' del coniuge, dalla semina alla raccolta (in senso ampio il *colere*), può dirsi la vera fonte di produzione del *fructus*, la sua vera causa efficiente piuttosto che la cosa donata, allora il raccolto non sarà più visto come un *fructus* di essa e quindi dovuto al proprietario, ma come un *fructus ex facto eius natus*[102].

È chiaro che una tale mentalità coglie nella sua concretezza l'energia che l'uomo esprime lavorando, quasi oggettivandola nella sua capacità di realizzare cose nuove e attraendola nella metafora della cosa madre che genera il frutto (*nascitur*). La difficoltà per l'interprete moderno è ulteriormente aggravata dal fatto che, con la rivoluzione industriale e l'avvento dell'economia capitalistica, il lavoro libero ha assunto un significato astratto, mediato dal valore che esso esprime nel tempo in termini di danaro, appunto il lavoro salariato[103].

Ancora una prova dell'*interpretatio* che coinvolge la nozione 'naturalistica' di frutto, la quale in questo caso viene ad essere approfondita in relazione al lavoro dell'uomo libero visto come *quid* capace di generare cose nuove senza intaccare la sostanza della cosa altrui utilizzata, tanto da permettere in casi limite la svalutazione della provenienza del frutto agricolo dalla terra aliena, a favore della provenienza di esso dal lavoro del coniuge donatario, dalla semina al raccolto[104].

[101] In B. 23, 3, 45 (BT. 1128, 23) si ricorda esplicitamente, come *ratio* della soluzione, la natura accidentale della produzione di questi frutti (τυχὸν γὰρ αὐτὸς ἔσπειρεν).

[102] Da questa prospettiva, le motivazioni che parlano a riguardo di acquisto dei frutti al coniuge donatario come «profitto della sua attività» (F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 464), come «Ausgleich für die zu ihrer erforderliche Mühe» (M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 418), come «Erfolg der Arbeit» (F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 108) compiono un'astrazione che in parte tradisce la logica di esso come 'frutto nato dal suo lavoro'. È corretto, invece, accentuare in esso una concezione 'naturalistica' analoga a quella del frutto nato dal fondo; G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 215-216.

[103] Accentua l'importanza dell'intuizione del Marx F. DE MARTINO, *Storia economica* cit., II, p. 501: «oggi il lavoro libero è destinato allo scambio con danaro allo scopo di riprodurre e valorizzare il danaro. Il valore del lavoro non destinato al godimento, ma al danaro è un presupposto del lavoro salariato e quindi una condizione storica del capitale». Vd. a riguardo, anche, A. SCHIAVONE, *La storia spezzata*, Roma-Bari (1996), pp. 173 ss.

[104] Sull'esistenza di un tale cd. *Produktionprinzip* nell'àmbito dei modi di acquisto della

5. *La nozione di frutto nei* responsa *di Servio conferma un adeguamento della nozione naturalistica a prodotti separabili dalla cosa-madre senza intaccarne la capacità produttiva e a nuove forme di reddito che la cosa dà attraverso negozi giuridici che la coinvolgono*

A. Frumentum, fruges, glans, pomum *e loro rapporto con il* fructus fundi

Per Servio rientrano nel frumento anche le fave e i lupini, mentre per Elio Gallo essi sarebbero delle *fruges* (D.50, 16, 77 sul passo *infra* pp. 219 ss.)[105]. La discussione si chiarisce se collocata all'interno della problematica del *teneri* per l'*aqua nocens*. La giurisprudenza tardorepubblicana e di inizio principato è, infatti, impegnata a delimitare le opere agricole che esimono dalla responsabilità per il lesivo deflusso dell'acqua piovana nel fondo vicino. In particolare nel passaggio dalle sole opere arative (Q. Mucio in D.39, 3, 1, 3), a qualsiasi opera realizzata per la coltivazione del fondo (Sabino e Cassio in D.39, 3, 1, 8), sono tramandate soluzioni intermedie che distinguono a seconda del tipo di prodotto agricolo. L'interpretazione restrittiva di Trebazio (D.39, 3, 1, 3), che esclude la responsabilità soltanto per l'opera arativa diretta alla produzione di frumento, a quella più larga di Labeone che pensa a qualsiasi opera agricola realizzata per la produzione di *fruges fructusque* (D.39, 3, 1, 7). Probabilmente, l'estensione che Servio fa del significato di *frumentum*, includendovi anche i legumi, evoca un momento di questa discussione[106].

Nella epitome di Paolo ai *Digesta* di Alfeno (D.50, 16, 205)[107], si ricorda, infine, la *lex contractus,* con la quale il venditore si riservi il *pomum* del fondo venduto: esso contiene per Servio noci, fichi e uve, quelle però non idonee a produrre vino, analogamente al τρώξιμος greco, nel senso di uva

proprietà, in particolare in rapporto alla specificazione, vd. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit. I, pp. 69 ss. A riguardo, la discussione è ancora vivace tra M. Schermaier, *Materia*, Wien-Köln-Weimar (1992), pp. 191 ss. e O. Behrends, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die* media sententia *in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in ZSS. 112 (1995) R. A., pp. 195 ss.; da ultimo R. Fiori, *La definizione della* locatio conductio cit., pp. 200 ss.

[105] *... 'frumentum' autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam 'fruges' potius dici, quia non arista sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.* Sul passo ed il suo contesto, e per l'ipotesi che si tratti di Elio Gallo e non di Aquilio vd. *infra* pp. 219 ss.

[106] Vd., ora, con ampi approfondimenti e conclusioni pienamente condivisibili, F. Sitzia, *Aqua nocens* cit., pp. 86 ss. e per Servio p. 89 n. 30; F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 14 pp. 36-37.

[107] *Qui fundum vendidit, 'pomum' recepit: nuces et ficos et uvas dumtaxat duracinas et purpureas et quae eius generis essent quas non vini causa haberemus, quas Graeci τρωξίμους appellarent, recepta videri.*

da tavola. Si sente qui, nell'ambito del significato di *pomum*, un'eco della resistenza di una concezione naturalistica che individua come fine primario dei frutti quello di soddisfare bisogni alimentari dell'uomo. Si spiega quindi l'esclusione dell'uva da vino dal *pomum*, in quanto frutta d'albero non direttamente destinata a soddisfare tali bisogni, ma suscettibile di esserlo soltanto dopo un processo di vinificazione realizzato dall'uomo.

Ad un così preciso uso di *frumentum, fruges, glans* e *pomum*, fa da contraltare la capacità progressiva di *fructus* di includere tutti questi significati e di permettere nuovi accostamenti.

B. *L'*omnis fructus *del fondo contiene anche i materiali tratti dal bosco e dal canneto cedui in quanto prodotti periodici del fondo da questo separabili senza diminuirne la capacità riproduttiva D.18, 1, 40, 4*

> Paul. *libro quarto epit. Alf. Dig.* D.18, 1, 40, 4
> *Cum fundum quis vendiderat et omnem fructum receperat, et arundinem caeduam et silvam in fructu esse respondit.*

Il § 4[108], come tutti i paragrafi di questa L.40 e come gli altri frammenti tratti da questo libro dell'epitome paolina ai *Digesta* di Alfeno Varo, tratta di clausole contrattuali relative a compravendite consensuali[109].

La testimonianza è preziosa per due ragioni: da un lato essa ricorda un'interpretazione del frutto del fondo all'interno di un negozio bilaterale fondato sulla *fides bona*[110]; d'altro lato essa ricorre ad un procedimento logico-interpretativo, quell'*in fructu esse* che ha capacità di applicazione più ampie della singola questione affrontata[111].

[108] Da quel che ho potuto accertare la L. 40, 4 non è interessata da ipotesi critiche.

[109] È oggi possibile superare l'ipotesi interpretativa di una loro esclusiva attinenza alle *nuncupationes* inerenti la *mancipatio* (rispetto a L. 40 pr. vd. F. P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., I, p. 313). Si tratta in sostanza di una *lex privata* calata nel contenuto del contratto di vendita in termini di *pacisci*. Vd. ad es. in relazione a L. 40, 3, F. Horak, *Rationes decidendi* cit., pp. 265-266.

[110] Vd. E. Betti, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale - atto illecito - negozio giuridico (a. a. 1958-59)*, Roma, pp. 341-342; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, seconda ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano (1971), pp. 389 ss.

[111] Terminologia tecnica e radicata nella *interpretatio prudentium* più antica (vd. *supra* pp. 59 ss.). La *lectio primitiva* (F^1) della *Florentina* (*in fructum*) potrebbe anche evocare un'immagine linguistica dinamica.

Il responso richiama due esempi, non in quanto esaustivi, ma in quanto ipotesi limite che fissano con precisione il concetto[112]. Il venditore che si riserva l'*omnis fructus* del fondo venduto ha diritto non soltanto agli eventuali cereali, legumi, frutta d'albero esistenti, ma altresì ai materiali tratti dal taglio del canneto e del bosco cedui[113]. Con ciò gli si riconosce la spettanza di tutte le cose prodotte dal fondo e non solo di quelle di natura strettamente agricolo-alimentare.

L'interpretazione esplicita il *verbum* slegandolo da significati soggettivi dell'autore della *lex privata* e accentua, invece, un significato oggettivamente determinabile, coerentemente alla bilateralità del *pacisci* e alla *fides bona* che fonda il contratto[114].

Dal punto di vista lessicale: *omnis fructus* ricorre in Servio in D.19, 2, 15, 2 nel senso di tutto il raccolto dell'*ager*[115]; e *silva caedua* in D.50, 16, 30 pr.[116] è intesa dal giurista repubblicano come bosco destinato al taglio non in base alla funzione economica impressa al fondo dall'interessato, ma secondo la naturale destinazione della *silva* a poter essere *caedua,* perché capace di 'rinascere' *ex stirpibus aut radicibus*[117]. D'altronde, il dato è indirettamente

[112] Il punto andrebbe approfondito, cosa in questa sede impossibile, in rapporto al tipo di argomentazione ed al ruolo degli esempi calzanti che il giurista fa nello svolgimento del suo *respondere*, in relazione a processi interpretativi condizionati vuoi dalla prassi, vuoi dalla scuola. Per qualche ragguaglio vd. *infra* pp. 130-131 n. 150.

[113] L'opzione interpretativa di leggere unitariamente l'*et arundinem et silvam caeduam* risale allo SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, Lugduni Batavorum (1820), p. 418, seguita poi dal M.

[114] L'accentuazione del momento bilaterale del *pacisci* rispetto al *legem dicere*, coerentemente al vincolo obbligatorio fondato sulla *fides bona,* è attestato proprio in Servio ed in Alfeno (vd. ad es. '*vis et vetustas*' D. 19, 2, 30, 4; '*filio filiisque meis*' D. 50, 16, 122; D. 19, 2, 29) in relazione vuoi alla *voluntas* di entrambi i contraenti, vuoi al significato che i *verba* hanno nel linguaggio comune. Ciò significa verificare primariamente l'*id quod (p)actum est* senza che ciò esaurisca la forza propria delle parole usate. D'altronde, proprio Servio ritiene che anche nelle dichiarazioni di volontà unilaterali, come ad es., nel legato, i *verba* vadano interpretati non secondo le consuetudini lessicali dell'autore, ma secondo il significato acquisito dal comune uso di essi (... *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*; Cels. D. 33, 10, 7, 2).

[115] ... *sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit*... Di «all corn growing within a year» parla D. DAUBE, *Slightly Different*, in *Iura* 12 (1961), pp. 93 ss., in particolare p. 96.

[116] *Silva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius <ait> eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.*

[117] Vd. sul significato del criterio di Servio, G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 185-186 e n. 1; G. POLARA, *Le* venationes. *Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano (1983), pp. 200-201.

confermato per l'usufruttuario dal lapidario divieto serviano, ricordato da Alfeno Varo, di non tagliare le *grandes arbores* (D.7, 1, 11[118]).

D.18, 1, 40, 4 assume allora un ruolo centrale per ricostruire il significato che Servio riconosce al frutto del fondo, il quale rafforzato dall'*omnis* esprime qui la sua massima 'estensione' semantica, quella che assorbe *fruges, frumentum, glans, pomum* e tende altresì a comprendere tutti i prodotti che l'uomo può trarre dal fondo mantenendone la naturale capacità produttiva. Quest'ultimo requisito è colto in concreto dalla qualità 'cedua' del bosco o del canneto, che in base a D.50, 16, 30 pr. si materializza nell'«*ex stirpibus aut radicibus renasci*». Proprio la natura di cosa che 'rinasce' dai ceppi e dalle radici dopo il taglio, di cosa capace di riprodursi, permette a Servio di considerare i materiali presi dalla *silva* e dalla *harundo* cedue, un frutto del fondo. La L.40, 4 D.18, 1 dimostra lo sforzo interpretativo interno alla nozione naturalistica, che conquista spazi attraverso *exempla* di cose che si considerano prodotti del fondo in quanto dopo la loro separazione sono in grado di «riprodursi» (*renasci*) senza intaccare la cosa-madre. La tenuta della concezione 'naturalistica' è confermata, quindi, anche per i materiali tratti dai boschi e canneti cedui.

C. *Il frutto delle* operae libertorum *è incluso nel risarcimento per la mancata prestazione delle* operae *promesse dai liberti ed esclusione dalla stima dell'eventuale* commodum *del patrono* (D.38, 1, 26, 1)

Alf. *libro septimo Dig.*D.38, 1, 26 pr.-1
Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est necne? respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret.
Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. respondit <Servius>, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset.

[118] *Sed si grandes arbores essent, <Servius ait> non posse <fructuarium? Lenel> eas caedere.* Vd. O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 46.

Il § 1 della L.26, letto congiuntamente al pr., è un classico esempio della complessità del *responsum* nella scuola di Servio Sulpicio Rufo.

La *quaestio*, infatti, mantiene forse tracce (*medicus libertus*) di un caso effettivamente proposto all'attenzione del *iurisperitus*[119], ma vuoi il tenore familiare della prima domanda (*id ius est necne?*), vuoi l'*item rogavi* dimostrano senza ombra di dubbio che è Alfeno stesso a porre le due questioni al suo maestro Servio[120].

[119] Lo *status* di liberto del *medicus* ha posto problemi agli interpreti fin dalla *Glossa ordinaria* (vd. gl. «Medicus libertus», *L. Medicus Libertus, ff. De operae libertorum*). Di *«absurda oratio»* parla il C. VAN BYNKERSHOEK, *Observationum juris Romani*, in *Opera omnia*, ed. Neapoli (1766), I, p. 118 che emenda il *libertus* in *patronus*; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Leipzig (1931), V, p. 64 pensa a *liberti*; K. H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht*, (Münchener Beiträge 37. H.), München (1953), p. 16 e l'edizione milanese dei *Digesta* preferiscono *patronus*. Non c'è dubbio che *medicus libertus* sia *lectio difficilior* rispetto a *medicus patronus* e precisazione irrilevante ai fini del responso (così A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht*, in ZSS. 99 [1982] R. A., p. 207 n. 65; R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der* "condicio sine qua non" *bei den römischen Juristen*, Wien - Köln [1984], p. 92 n. 28 che accentua altresì la frequenza nelle epitomi anonima e paolina dei *Digesta* di Alfeno di un tale rapporto tra *quaestio* e *responsum*; vd. altresì *infra* pp. 130-131 n. 150). Ciò rende poco plausibile, però, un presunto errore nella tradizione manoscritta del frammento. D'altronde, come in dottrina è stato messo in luce, lo *status* di *libertus* del medico risponde ad una precisa tendenza sociale riscontrabile nelle fonti: F. KUDLIEN, *Die Stellung des Arztes in der römischen Gesellschaft*, Stuttgart (1986), pp. 118 ss.; ed in relazione al passo vd. ora A. WACKE, *Die Anerkennung der Medizin als* ars liberalis *und der Honoraranspruch des Arztes*, in ZSS. 113 (1996) R. A., p. 398 e n. 67. *Libertus* potrebbe, allora, essere la registrazione fedele di un dato del caso portato all'attenzione del giurista (di qui il «forse» del testo), più che un elemento scelto ad arte dall'*auditor* per porre una certa enfasi sul fatto che il «libertus, immemor status sui, obsequia duriora libertis injungebat»; E. OTTO, *P. Alfenus Varus ab injuriis veterum et recentiorum liberatus*, in *OTTONIS thesaurus*, V, col. 1662.

[120] L'uso di *necne* in fine di un'interrogativa diretta (nel senso di «... o no?» vd. alcuni esempi in *Oxford Latin Dictionary*, p. 1165) palesa una familiarità tra interrogante e interrogato impensabile tra il *medicus libertus* e il grande Servio Sulpicio Rufo (*contra* A. BÜRGE, Cum in familia nubas: *Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der* familia libertorum, in ZSS. 105 [1988] R. A., p. 330, pur cogliendo l'«affektiv umgangssprachlichen Frage»). D'altronde l'*item rogavi* del § 1 (ingiustificatamente emendato in *item rogavit* da G. BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 64; K. H. BELOW, *Der Arzt* cit., p. 18) conferma pienamente questa interpretazione, dimostrando la sicura provenienza del *responsum* da Servio stesso. Per Servio vd. già P. PESCANI, *Le* operae libertorum. *Saggio storico-romanistico*, Trieste (1967), pp. 119-120; O. BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, in *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit*, I, Göttingen (1981), p. 190; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 300 e n. 1, pp. 310-311. Meno sicuri, invece, G. PROVERA, *Visuali romanistiche in tema di patti di non concorrenza*, in *Annali Camerino* 31 (1965), p. 237 n. 21; A. WATSON, *The Law of Persons in the late Roman Republic*, Oxford (1967; repr. Aalen 1984), p. 230; A. WACKE, *Wettberwerbsfreiheit* cit., p. 210.

Si tratta di un medico liberto che ritiene, impedendo ai suoi schiavi una volta resi liberi di esercitare l'arte medica in modo autonomo, di aumentare il numero dei suoi pazienti[121]. Un tale interesse, non trovando soddisfazione nel contenuto dell'*obsequium* che lega i liberti al patrono[122], trova espressione in una *stipulatio operarum*[123] con la quale i liberti si obbligano ad *operas dare*, prestazione che si concretizza in una assistenza attiva al medico-patrono durante le sue visite[124].

La prima questione verte sulla liceità di una tale promessa. Il *responsum* è coerente non solo con le notizie che abbiamo sui limiti di tempo e di decoro delle *operae* imposte ai liberti[125], ma altresì con la concezione maturata dopo l'editto Rutiliano (*antea soliti fuerunt* [sc. *patroni*] *a libertis durissimas res exigere*; Servius in Ulp. D.38, 2, 1 pr.)[126]. Le *operae* richieste in concreto ai

[121] *Imperantes* per *rogantes* (gl. «imperantes», *L. Medicus libertus, ff. De oper. libert.*); *i.* per *implorantes* (Haloander); altre ipotesi in E. OTTO, *P. Alfenus Varus* cit., col. 1663.

[122] Fondamentale a riguardo G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., p. 236. In generale sull'indipendenza di contenuto tra *obsequium* e prestazione delle *operae* vd. C. COSENTINI, *Studi sui liberti* I, Catania (1948), pp. 105 ss.; e ora, superando definitivamente la diversa opinione, W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 51 ss. e rispetto al passo p. 313; sull'accentuazione dell'importanza di questo risultato cfr. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in BIDR. 99 (1987), p. 627.

[123] Propongono un significato tecnico del *postulare* in rapporto alla *stipulatio operarum* A. SCHILLER, *Restraint of Trade in Classical Roman Law*, in *Mnemosyna Pappoulias*, Athen (1934), p. 237; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 309. Preferisco la lettura del LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi de Francisci* II (1956), p. 80 che ne accentua, invece, il valore durativo, denotante «il periodico riprodursi della *indictio* di quell'opera», più coerente alla interpretazione della prestazione in termini di *operas dare* che emerge nel § 1. Prudente anche H. J. ROTH, *Alfeni Digesta*, Berlin (1999), p. 162.

[124] L'*ut sequerentur se neque opus facerent* non descriverebbe, allora, l'oggetto della *stipulatio operarum*, ma semplicemente la concretizzazione, attraverso la *indictio* del medico-patrono, della prestazione assunta dai liberti di *operas dare* (arg. ex *«si has operas liberti dare nollent»* di L. 26, 1). Ad essi il patrono, nell'adempimento della prestazione assunta, chiede una assistenza attiva nel suo quotidiano esercizio della *medicina*, affinché questi non esercitino in proprio la stessa *ars*; sul punto vd. ora H. J. ROTH, *Alfeni Digesta* cit., p. 162. Optano per la descrizione tecnica della *conceptio verborum* rispetto alla sola prima parte, come *stipulatio in faciendo*, al contrario, G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., pp. 237-238; vd. altresì A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., p. 207 e n. 68; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 311-312. Sul punto vd. *infra* nn. 129 e 132.

[125] Vd. A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., p. 208-209, contro i dubbi del BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 63-64 condizionati dalla "filantropia" che la precisazione sottende.

[126] P. PESCANI, *Operae libertorum* cit., pp. 120-121; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 300 ss.

liberti in adempimento dell'obbligazione da loro assunta di *operas dare* sono lecite purché proprie di un uomo libero che eserciti un *artificium*, e quindi, in questo senso, *operae liberae*[127].

La seconda domanda posta al maestro verte, invece, sul problema della *condemnatio pecuniaria* nel caso in cui il liberto non abbia adempiuto alla prestazione promessa di *operas dare*[128]. A riguardo è centrale la nozione di *fructus ex illorum operis* sulla quale si fissa il *quantum* della condanna. Da quest'ultimo, invece, è escluso il vantaggio indiretto (*commodum*) che il *medicus* avrebbe conseguito per l'*incommodum* dato ai liberti, se gli avesse esplicitamente vietato di esercitare l'arte medica per loro conto[129].

È quindi giusto dire che dal punto di vista delle moderne problematiche

[127] È questo del significato di *operae liberae* punto approfondito in dottrina. Il superamento della semplicistica sovrapposizione di *operae liberales* (vd. K. HELDRICH, *Der Arzt im römischen Privatrecht* in *Jherings Jahrb.* 88 [1939-40], p. 143 n. 1) si deve al K. VISKY, *La qualificazione della medicina e dell'architettura nelle fonti del diritto romano*, in *Iura* 10 (1959), p. 35. Il punto è ripreso dal WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., pp. 209-210 che ritiene trattarsi di *operae* degne di un uomo libero e coerenti all'*ars medica* che i liberti esercitano. Così, anche il WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 300 ss., che precisa, altresì, «der Patron... vom *libertus* nur *operae* jenes *artificium* fordern durfte, das der *libertus* ausübte» (p. 306). Il ROTH, *Alfeni Digesta* cit., p. 162, pensa essenzialmente al primo aspetto.

[128] In dottrina è stata avanzata la congettura che il *quanti aestimari oporteret* faccia in realtà riferimento all'ampiezza del *restituere* nella *vindicatio in servitutem*, in base alla restituzione palingenetica del frammento (l. VII dei *libri digestorum ab Anonymo epitomati* "De liberali causa"); O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 43, L. 26, n. 3; M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in SDHI. 46 (1980), p. 136 e n. 207. A me sembra che la questione posta da Alfeno a Servio attenga strettamente al mancato adempimento delle *operae* che il patrono richiedeva e che i liberti, pur avendolo promesso, si rifiutavano di adempiere. Il collegamento con la *vindicatio in servitutem* sarebbe allora possibile in termini di richiamo del responso serviano in materia di inadempimento dell'*operas dare* dei liberti nel commento che Alfeno faceva alla R. *De liberali causa* come utile per il calcolo del *fructus* anche nell'azione reale.

[129] L'uso di un'ipotetica dell'irrealtà potrebbe indicare che per Servio il motivo che spinge il patrono a chiedere ai liberti di seguirlo quotidianamente per assisterlo nella *medicina* non avesse trovato (e forse non avrebbe potuto trovare in base all'editto Rutiliano) una formale tutela nella *stipulatio*. Per alcuni Autori, invece, oggetto della *stipulatio* sarebbe proprio l'*ut <liberti> sequerentur se*, in termini di *stipulatio in faciendo*; vd. *supra* n. 124 e *infra* n. 132. Ciò porta con sé una certa incoerenza: o non si riconosce al *postulabat* e alle proposizioni successive alcuna tecnicità in relazione alla *conceptio verborum*, oppure non si possono scindere le due proposizioni esprimenti le prestazioni promesse, la prima in termini di *facere* e la seconda in termini di *non facere*. In realtà, mi sembra, che il giurista colga una differenza tra l'intenzione del patrono di *prohibere* il *medicinam facere* ai liberti, impegnandoli quotidianamente al suo seguito e la prestazione effettivamente promessa con *stipulatio* di *dare operas*.

del patto di non concorrenza e del divieto di concorrenza, il passo in esame non permette conclusioni stringenti[130]. Infatti, l'interesse del *medicus* patrono a che i suoi liberti non esercitino in concorrenza con lui la *medicina*, è finalità che formalmente non trova espressione nella *stipulatio operarum*, la quale è una promessa di *operas dare*, come si evince chiaramente dalla seconda questione posta da Alfeno a Servio (*si has operas liberti dare nollent...*). Essa trova peraltro concretizzazione in una assistenza nelle visite del medico-patrono con l'acquisita competenza (*ut sequerentur se*)[131], così da impedire un esercizio in proprio dell'*opus* espressione di *ars medica* (*ne opus facerent*)[132].

[130] In questo senso, G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., p. 239; A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., p. 211; ID., *Die Anerkennung der Medizin* cit., p. 398 e n. 67; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 313; ID., *Mandat und* operae libertorum, in Mandatum *und Verwandtes*, Hrsg. D. NÖRR - SH. NISHIMURA, Berlin (1993), p. 349.

[131] I liberti non seguono semplicemente il medico patrono, non sono cioè un suo «untätiges Gefolge» (così invece G. BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 64). Si tratta, invece, di un'assistenza tecnicamente qualificata, coerente alla loro acquisita preparazione nell'*ars medica*; così giustamente A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., pp. 208-210; O. BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks* cit., p. 190; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 311-312.

[132] Il PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., p. 237, ipotizzando come contenuto della promessa l'*ut sequerentur se*, considera in modo diverso, pur nell'identità della costruzione grammaticale e sintattica, le due proposizioni successive al *postulabat*. Solo la prima descriverebbe il contenuto della promessa, mentre la seconda esprimerebbe lo scopo del patrono rimasto però al di fuori di essa perché di dubbia liceità. Diversa la spiegazione del WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der* c. s. q. n. cit., p. 92, che mi sembra opti per una consapevole scelta del giurista tesa a negare rilevanza all'obbligo di *non facere* compreso nella promessa, perché altrimenti si riconoscerebbe al patrono la possibilità di imporre un divieto di concorrenza; vd. anche A. BÜRGE, *Cum in familia nubas* cit., pp. 330-331. Differenziazione, quella fatta dal giurista nel *responsum*, che potrebbe esprimere anche la volontà di separare l'efficacia della *stipulatio operarum* e la concreta *indictio operarum* alla luce della possibile *exceptio* di natura pretoria *onerandae libertatis causa* (arg. ex *dummodo*). Una tale volontà si rifletterebbe nell'intendere il *neque opus facere* come non esprimente un preciso divieto di *medicinam facere*, ma semplicemente il fine inespresso della *indictio operarum* concretizzatasi nella richiesta quotidiana di assistenza al seguito del medico liberto. Non mi sembra, invece, che D. 38, 1, 26 pr. possa essere utilizzato per confermare l'ipotesi ricostruttiva del FIORI, *La definizione di* locatio conductio cit., pp. 111 ss., in particolare pp. 123-124, in rapporto alla fluidità tipologica tra *locatio operis* e *operarum* in età serviana. Il *ne opus facerent*, che nell'interpretazione da me proposta avrebbe un significato generico di non esercitare l'*ars medica*, attiene eventualmente – se gli si vuole riconoscere un significato tecnico - proprio al contratto col quale il liberto potrebbe prestare l'attività medica (di solito la *locatio operis*; vd. n. seguente), eventualità che il medico patrono vuole scongiurare, mentre le *operae* menzionate nel passo fanno riferimento alla *stipulatio operarum* che i liberti hanno concluso con quello.

In sostanza, il patrono, impegnando quotidianamente al suo seguito i liberti in adempimento dell'obbligazione di *operas dare,* vuole impedire loro l'esercizio in proprio della medicina[133], evitando il danno economico della loro concorrenza. In realtà, però, dal punto di vista dell'interpretazione della *conceptio verborum* in termini di obbligazione di *dare* un *certum*, cioè le *operae*[134], tale ulteriore interesse del patrono non è suscettibile di valutazione pecuniaria per la condanna, perché il giurista deve tener conto soltanto del contenuto della promessa fatta (*operas dare*)[135] e delle conseguenze dirette del suo eventuale inadempimento[136].

Di qui la rilevanza del solo *quantum ex illorum operis fructus patronus consecuturus esset*, escluso il vantaggio che il patrono avrebbe indirettamente tratto come ritorno di clientela dal loro impegno giornaliero al suo seguito.

Fructus e *commodum* esprimono l'ontologica diversità tra prodotto oggettivo *ex <libertorum> operis* e vantaggio soggettivo *ex incommodo dando <libertis>*. Il primo individua il *quanti ea res est* per fissare l'entità della condanna per l'inadempimento della *stipulatio operarum*, il secondo soltanto l'irrilevante interesse del patrono non stimabile nel valore delle *operae* inadempiute[137].

[133] Realizzato solitamente attraverso una *locatio operis* tra paziente e medico; vd. ora G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano (1994), pp. 159 ss.

[134] Sulla questione, precisando altresì il significato del principio *operae in rerum natura non sunt*, vd. J. THÉLOHLAN, *De la* stipulatio operarum, in *Études Girard* I (1912), pp. 356 ss.; H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln-Graz (1964), pp. 184 ss.; 331 ss.; M. KASER, *Perpetuari obligationem* cit., pp. 135-136; ed ora W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 217 ss.; pp. 222 ss.; p. 382.

[135] Sulla formula dell'*actio operarum* vd. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3] cit., pp. 338-341; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 352 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova (1999[2]), num. 23 p. 49.

[136] In tal senso è giusto dire che «dieser Zweck ist jedoch nicht Inhalt der Verpflichtung»; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 313. Accentuano il diverso rapporto causale tra *fructus ex illorum operis* e *commodum ex incommodo dando illis* come criteri di quantificazione del danno derivante dal mancato adempimento della *stipulatio operarum* già HELLEBRAND, Rc. a Bernard, in ZSS. 57 (1937) R. A., p. 484 («... die *condemnatio pecuniaria*... nach dem Gewinn bemaß, den der Patron aus den verrichteten Diensten gezogen..., und nicht nach dem indirekten Vorteil, der der Patron bei Einhaltung der Unterlassungsklausel gehabt hätte»); G. LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti* cit., p. 80 («ai fini della condanna si deve tener conto del vantaggio diretto che a lui sarebbe derivato dalla positiva prestazione da parte del liberto dei servigi... ma non del vantaggio indiretto che l'astensione del liberto dall'attività professionale avrebbe potuto procurargli»); R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der* c. s. q. n. cit., p. 92 che pensa alla applicazione di tale figura.

[137] Lungi dal rappresentare un problema (espunge *fructus* senza motivazioni sostanziali G. BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 63 pur riconoscendo che nel § 1 si tratta di determinare il *quanti ea res est* delle inadempiute *operae*, p. 65), il termine è qui utilizzato tecnicamente in

Nella prospettiva di questo lavoro, il richiamo al frutto prodotto dalle *operae* dei liberti come quantità di valore per la *condemnatio* significa la rappresentazione monetaria delle cose prodotte attraverso le *operae*, come valore pecuniario che il lavoro umano produce[138], in particolare quanto concretamente il medico avrebbe conseguito di maggior guadagno nell'esercizio dell'attività medica, facendo affidamento sull'adempimento dell'obbligazione dovutagli dai liberti.

D. *Accostamento in chiave analogica tra* operae servorum *e* fructus fundi; *D.40, 7, 14 pr.*

Alf. *libro quarto Dig.* D.40, 7, 14 pr.
Servus, qui testamento domini, cum decem heredi dedisset, liber esse iussus

contrapposizione a *commodum*, proprio perché esso esprime il valore oggettivamente calcolabile per quantificare il danno subìto dal patrono. Vedi a riguardo A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., pp. 210-211 (dove le diverse possibilità di risarcimento); W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 313. Al contrario la BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova (1979), pp. 86-87, condizionata da una interpretazione delle *operae* oggetto di *stipulatio* come prestazione di *facere*, trova difficile comprendere la *ratio* del parere di Servio. Il FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 118 n. 209, identifica il *fructus ex operis* con la *merces* che i liberti traggono dalla propria attività. Ciò va precisato. Il *fructus ex operis* è oggetto di stima in sede di condanna nell'*actio operarum* che il medico (liberto) esperisce contro i suoi liberti inadempienti rispetto alla loro obbligazione di *operas dare*. A riguardo, si potrebbe ipotizzare la conclusione da parte del medico di una *locatio operarum* con un terzo avente ad oggetto le *operae* che i suoi liberti si sono impegnati a prestargli. In tal senso, allora, anche queste mercedi, nell'eventualità che i liberti non prestino le loro *operae* al terzo, verranno risarcite nell'*actio operarum,* in quanto il reddito di sostituzione perso dal *patronus* per l'inadempimento delle *operae* che i liberti gli devono, e che lui concede in locazione al terzo, viene computato nel *quantum ex illorum operis fructus*. Anche dopo l'emanazione del divieto della legge *Aelia Sentia* di imporre al liberto, al posto di *operae,* prestazioni in danaro, il comportamento del *patronus* che loca a terzi le *operae* dei liberti-medici viene considerato lecito: Iul. *65 dig.* D. 38, 1, 25 pr. -2 (*Patronus, qui operas liberti sui locat, non statim intellegendus est mercedem ab eo capere: sed hoc genere operarum, ex persona patroni atque liberti colligi debet.* (1) *Nam si quis pantomimum vel archimimum libertum habeat et eius mediocris patrimonii sit, ut non aliter operis eius uti possit quam locaverit eas, exigere magis operas quam mercedem capere existimandus est.* (2) *Item plerumque medici servos eiusdem artis libertos perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent. Ea et in ceteris artificibus dici possunt.)*. Sul passo W. WALDSTEIN, *op. ult. cit.*, pp. 178 ss.; C. MASI DORIA, *Civitas Operae Obsequium*, Napoli (1993), p. 72.

[138] Vd. A. A. SCHILLER, *The Business Relations of Patron and Freedman in Classical Roman Law*, in *Legal Essays O. Kipp McMurray* (1935), p. 629 e p. 637 n. 87 [= ID., *An American Experience in Roman Law*, Göttingen (1971), p. 30 e p. 38 n. 87].

erat, heredi mercedem referre pro operis suis solebat: cum ex mercede heres amplius decem recepisset, servus liberum <se> esse aiebat: de ea re <Servius> consulebatur. respondit non videri liberum esse: non enim pro libertate, sed pro operis eam pecuniam dedisse nec magis ob eam rem liberum esse, quam si fundum a domino conduxisset et pro fructu fundi pecunia dedisset.

Un *servus*, la cui libertà era stata condizionata nel testamento al versamento di dieci all'erede, affermava di essere libero per aver dato a quello più di dieci a titolo di mercede *pro operis suis*[139].

Su tale problema Servio era stato consultato[140]. Il *responsum* nega che lo *statuliber* sia divenuto libero, in quanto le somme versate all'erede erano state date non *pro libertate*, ma *pro operis suis*.

La soluzione viene accompagnata da un *exemplum* che Servio considera chiarire bene la *ratio*. Allo stesso modo non sarebbe libero lo schiavo che abbia versato la mercede al suo padrone per la locazione di un suo terreno[141], in quanto essa sarebbe stata pagata *pro fructu fundi* e non *pro libertate*[142].

[139] È questa una soluzione più rigida rispetto a Ulp. 27 *ad ed.* D. 40, 7, 3, 8; vd. H. J. Roth, *Alfeni Digesta* cit., p. 38.

[140] Καὶ ἐρωτηθεὶς περὶ τούτου Σέρβιος ἀπεκρίνατο μὴ δοκεῖν αὐτὸν ἐλεύθερον εἶναι (BS. 2901, 14-15). Così anche R. Fiori, *La definizione di* locatio conductio cit., p. 111. Vd. però sulla possibilità di precisare la paternità dei responsi contenuti nell'epitome paolina in base agli scolii di Stephanus, la prudenza manifestata dal Bona, *Contributi alla storia della 'societas universorum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, in *Studi Grosso* I, pp. 404-405 n. 26. D'altronde lo stesso *consulebatur* non andrebbe inteso in modo impersonale, vd. F. Horak, *Rationes decidendi* cit., p. 265 n. 9.

[141] Vd. altresì il *Quidam fundum colendum servo suo locavit...* di Alf. D. 15, 3, 16, e più in generale per la conclusione di compravendite e locazioni tra *servus* e *dominus* Pomp. D. 41, 1, 54, 1. Sulla prassi del *servus quasi colonus* e sulle deduzioni di natura socioeconomica che tale figura permette anche in relazione al passo qui in esame vd. M. Jacota, *Les transformations de l'économie romaine*, in *Études Macqueron* (1970), pp. 376 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* cit., II, p. 85 n. 101; Id., *Grandi proprietari e coloni nell'Italia romana (I-III d. C.)*, in *Società romana e impero tardo antico I. Istituzioni, ceti e economie* cit., p. 345 e n. 56 (p. 713); G. Giliberti, Servus quasi colonus. *Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli (1981), pp. 37 ss.; P. W. de Neeve, *Colonus*, Amsterdam (1984), p. 143 e n. 121; A. Burdese, Rc., in SDHI. 51 (1985), p. 504; B. W. Frier, Rc., in ZSS. 100 (1983) R. A., p. 669 e pp. 670-671; A. Wacke, *Faktische Arbeitsverhältnisse im römischen Recht?*, in ZSS. 108 (1991) R. A., p. 134.

[142] Sui problemi che implica il rapporto tra il *pro fructu fundi pecuniam dare* del passo e la determinazione della prestazione del locatore di un fondo agricolo vd. L. Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR. 62 (1959), p. 105; J. Köhn, *Die Kolonen in den Rechtsbestimmungen*,

Due sono a mio avviso i punti essenziali del ragionamento del giurista. Da un lato l'individuazione della *causa* del pagamento. Il fatto che lo schiavo aveva la consuetudine (*solebat*) di riportare (*referre*)[143] all'erede alcune delle mercedi ricevute[144], dandosi in locazione a terzi[145], poteva infatti rendere

in *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches*, Berlin (1983), p. 207; e ora, accentuandone, giustamente, il collegamento col *frui praestare*, R. Fiori, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 117.

[143] Il *referre*, qui nel senso di «riportare, riversare» ("zurückgeben" Heumann-Seckel, *Handlexikon* cit., p. 498), implica una successione temporale tra ricevimento della mercede da parte dello schiavo che si è locato a terzi e dazione della stessa all'erede. Così anche l'uso del verbo in Alf. D. 17, 2, 71, 1 e Alf. D. 40, 1, 6. Se da un lato quindi la fonte del reddito con cui lo schiavo paga la *merces* all'erede è chiara e deriva dal ricavato (*merces*) della *locatio operarum* (I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei* 'servi', Napoli [1976], p. 16 e p. 108 n. 81; contra G. Giliberti, *Servus quasi colonus* cit., p. 39), d'altro lato tale rapporto locativo tra *servus* che *se locat* e terzo-conduttore rimane sullo sfondo, in quanto la questione su cui il giurista è consultato verte sulla idoneità delle somme di danaro che lo *statuliber* ha poi effettivamente riversato nel patrimonio dell'erede ad avverare la condizione posta dal testatore. Servio ritiene questa somma di danaro come corrispettiva delle *operae* a cui l'erede avrebbe diritto, ma che, per un accordo tacito con lo schiavo, lascia che questi lochi a terzi; così F. Horak, *Rationes decidendi* cit., p. 144 «ein Statuliber leistet Geld statt seiner Sklavendienste»; G. Giliberti, *op. ult. cit.*, p. 40 «la provenienza del denaro non è specificata, ma bisogna pensare che la *merces* venga versata come contropartita delle opere servili non eseguite». Per un divieto imposto allo *statuliber* dal testatore di raccogliere le somme per avverare la condizione testamentaria attraverso l'*operari* vd. D. 40, 7, 3, 8.

[144] Il De Martino, *Storia economica* cit., I, p. 172 e n. 50 pensa che lo schiavo si trattenesse una parte della mercede.

[145] Non mi sembra che possa evincersi dal *solebat* il dovere dello *statuliber* di riversare le somme di danaro nel patrimonio dell'erede (così invece W. Waldstein, *Operae libertorum* cit., p. 118 che parla di «auferlegte Geldzahlung»). In teoria, egli avrebbe potuto trattenere per sé, a titolo di peculio, tutte le somme. Il *solebat* potrebbe semmai indicare che lo *statuliber* ritenesse opportuno, al fine di conservare la facoltà di *operari* (vd. D. 40, 7, 3, 8), di riversare di tanto in tanto una parte delle somme guadagnate. Il *mercedem referre* non sarebbe quindi fondato sull'adempimento del suo *munus servile* (così G. Giliberti, *Servus quasi colonus* cit., p. 40), né su un preciso accordo coll'erede, ma sulla volontà dello schiavo di continuare a godere della autonomia nella gestione del suo lavoro, autonomia tollerata dall'erede, e che contemporaneamente permette allo *statuliber* la costituzione di un *peculium* sulle somme di danaro non riversate direttamente nel patrimonio del *dominus*. Ciò lo rende suscettibile di comparazione col *servus quasi colonus*; esattamente G. Giliberti, *op. ult. cit.*, pp. 40-41. Sulla maggiore autonomia del *servus quasi colonus* rispetto al *vilicus* vd. B. W. Frier, *Rc.* cit., pp. 670-671. Per il Wacke, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., p. 134, l'autonomia del *servus quasi colonus* sarebbe la conseguenza dell'assunzione da parte sua del «Betriebsrisiko» indipendente dalla somma in denaro che si impegna a pagare al proprio *dominus*. È una logica che potrebbe calzare anche per lo *statuliber* con facoltà di *operari*. Non c'è dubbio, poi, che nel caso esaminato, come per quello del *servus quasi colonus* sia implicita l'esistenza del *peculium*, costituito per lo *statuliber* automaticamente sulle somme residue; così W. Waldstein, *op. ult. cit.*, p. 118.

non chiara la *causa dandi*, slegata da un preciso accordo tra il *servus* e l'*heres*, e forse tacita continuazione di una prassi iniziata dal primo col *de cuius*. In tal modo, cioè, poteva assumere una certa plausibilità l'affermazione dello *statuliber* di aver adempiuto alla condizione posta nel testamento. L'*exemplum* scelto ad arte viene a chiarire in tutti i suoi elementi la *ratio* del parere negativo dato da Servio. Infatti, nell'analogia col *servus quasi colonus*, l'elemento della *causa dandi* emerge con maggiore autonomia, concretizzandosi in un contratto (*locatio conductio*) tra *dominus* e *servus*[146], in base al quale la mercede è pagata *pro fructu fundi*.

D'altro lato, la possibilità di accostare il *pro fructu fundi* al *pro operis suis* passa inevitabilmente per l'omogenea considerazione, in rapporto al proprietario, del *fructus fundi* e delle *operae servi*[147]. Nel caso dello schiavo *quasi colonus*, la mercede che lui paga al proprio *dominus* lo legittima all'apprensione dei frutti del fondo; per lo schiavo che *se locat*, le somme di danaro che lui di tanto in tanto dà all'erede, gli assicurano una certa autonomia e la facoltà di locare le proprie *operae*[148].

In D.40, 7, 14 pr. l'operazione interpretativa di Servio è significativa anche perché costruisce una analogia tra *operae servorum*, come *fructus hominis*, e *fructus fundi*.

[146] Vd. puntualmente F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., p. 265.

[147] Vd. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione* cit., pp. 60-62.

[148] Giustamente il FIORI, *La definizione di* locatio conductio cit., pp. 115-116, distingue tra «dato (storico) della dazione di danaro» e «rappresentazione serviana». Non sono, invece, convinto che interpretando il *pro operis eam pecuniam dedisse* nel senso di «denaro dato in sostituzione della normale prestazione di *operae* servili», non vi sarebbe alcuna simmetria tra le due ipotesi, simmetria che verrebbe, al contrario, ristabilita ritenendo che il giurista qualificasse anche il rapporto tra erede e *statuliber* come una 'locazione' in base alla quale «lo schiavo 'conduce' le proprie *operae* pagando una *merces* (tratta dal peculio) al *dominus*-locatore». A questa interpretazione non mi sembra s'acconci adeguatamente il *mercedem referre... solebat*. D'altro canto la simmetria (se proprio necessaria) potrebbe cogliersi qualora si consideri la scelta dell'esempio-analogia non necessariamente fondato sulla natura del contratto, ma sulla *causa dandi* (come lo stesso Fiori riconosce). L'efficacia dialettica del responso sarebbe, allora, fondata sull'analogia tra *operae servorum*, come *fructus hominis*, e *fructus fundi*. Il *pecuniam dare*, in entrambe le ipotesi, non si configura come un pagamento *pro libertate*, ma come un pagamento che ha una diversa causa, *pro operis suis* o *pro fructu fundi*.

6. *Conclusioni: la concezione «naturalistica» di frutto come cosa che nasce periodicamente da altra cosa senza intaccarne la sostanza e suo riadeguamento nella giurisprudenza tardo-repubblicana*

La *vetus quaestio* (D.7, 1, 68 pr.) in materia di *partus ancillae* non è la conseguenza di due diverse concezioni ontologicamente contrapposte di *fructus*, ma di una eccezione (*sententia Bruti*) alla regola del frutto come nato *ex corpore* (Manilio e P. Mucio), cioè come 'bene' nuovo che 'deriva' da un 'corpo' attraverso un processo generativo naturale.

Anche la *dissensio* in materia di *fetus pecudum* (D.7, 1, 68, 1; D.22, 1, 28 pr.) non sembra coinvolgere come tale la nozione di *fructus*, ma sembra essere la conseguenza di due modi d'acquisto della proprietà sul nuovo nato che si contrappongono: da un lato una interpretazione che considera il nuovo nato una *res nullius* e quindi soggetto all'occupazione (I.2, 1, 19), d'altro lato una diversa costruzione che lo ascrive nei frutti dell'animale.

I *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio Scevola *pontifex* contengono in materia di legato d'usufrutto la fissazione del contenuto e dei limiti dell'*in fructu esse*, rappresentando da un lato un momento fondamentale della consolidazione della tradizione civilistica più antica, dai *Tripertita* di Sesto Elio ai *fundatores iuris civilis*, d'altro lato un riadeguamento della nozione di frutto tramandata dalla interpretazione della *lex XII tabularum*. Ciò coerentemente alle dinamiche imposte dalla riflessione sull'*usus fructus* e all'interno di una sistematica nuova del sapere giuridico civile, condizionata dalla rottura realizzata da Manilio, Bruto e P. Mucio del legame dell'*interpretatio prudentium* con le XII Tavole[149].

Rispetto al problema qui esaminato, l'opera muciana ci consente, a differenza di quanto è stato possibile fare per l'*interpretatio* alle XII Tavole, di precisare anche nei contenuti dogmatici la nozione di frutto che viene

[149] Fondamentale M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2] cit., p. 263; vd. altresì L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino (1979), pp. 50-58; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari (1987), pp. 25 ss. che parla di «età della svolta»; S. SCHIPANI, *Andrés Bello romanista - istituzionista*, in *Sodalitas* cit., 7, pp. 3412 [= in ID., *La codificazione del diritto romano comune*[2] cit., p. 165 e n. 8] che parla di «salto di qualità»; A. BURDESE, *Note sull'interpretazione* cit., in BIDR. 91 (1988), p. 190, secondo cui «l'*interpretatio* del *ius civile*... sembra decisamente staccarsi dal dato legislativo per assurgere ad una sua autonomia intorno alla metà del II secolo a. C. ad opera dei tre giuristi Publio Mucio, Bruto e Manilio». Sul punto vd. anche C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, pp. 223-234.

lasciata in eredità alla giurisprudenza di fine repubblica e di inizio principato.

È frutto ogni cosa nuova che nasce (*nasci*) da un *corpus* che ne è la 'causa efficiente'. Questa nozione di frutto, che abbiamo qualificato 'naturalistica', è quella lasciata in eredità dalla antica *interpretatio* alle XII Tavole. Essa viene vagliata in relazione a nuove forme di reddito che possono essere prodotte dalle cose (anche naturalmente infrugifere) attraverso un rapporto giuridico (Elio Gallo: le mercedi locative in D.22, 1, 19 pr.; Q. Mucio: gli interessi pecuniari in D.50, 16, 121) o un processo naturale che si realizza esclusivamente per la mediazione del lavoro umano (Q. Mucio: frutti naturali nati *ex facto*; D.22, 1, 45).

Anche Servio dimostra di muoversi ancora all'interno della concezione 'naturalistica', adeguandola attraverso le possibilità espansive residue in base ai suoi presupposti dogmatici.

Le fonti testimoniano chiaramente l'interesse di Servio per il frutto del fondo, ed in particolare per quello del fondo agricolo (inclusi gli alberi), con una riflessione sui termini *frumentum, fruges, pomum* e *glans*.

Questi prodotti naturali della terra e del concorrente lavoro umano vengono collocati tutti all'interno della nozione di frutti del fondo. Ad essi si aggiungono altri prodotti del fondo che possono da esso separarsi senza intaccarne la capacità produttiva, come i materiali tratti dal taglio del bosco e del canneto cedui (D.18, 1, 40, 4).

Questo sforzo interpretativo trova espressione nell'esercizio del responso che diviene esercizio privilegiato di *interpretatio iuris* e di elaborazione di soluzioni e regole attraverso l'arricchimento del momento dialettico caratterizzato dal rapporto con gli *auditores*[150].

[150] È questo un aspetto della complessa valutazione del *responsum* di Servio Sulpicio Rufo in rapporto ai suoi *auditores* sempre più al vaglio della scienza romanistica; F. CASAVOLA, *Auditores Servii*, in *"La critica del testo", Atti del II Congr. Intern. Soc. Ital. di Storia del dir.*, I, Firenze (1969), pp. 153-163 [=ID., *Giuristi adrianei*, cit., pp. 127-143]; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2] cit., pp. 89 ss.; ID., *Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 201-209; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili* cit., pp. 109 ss.; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, pp. 270-288. Il momento 'teorico' del responso sembra superare la semplice riflessione sulla prassi, divenendo esplicazione di vero e proprio *instruere*. È questo un dato che forse matura già nel rapporto tra Servio e il suo Maestro Aquilio Gallo, in quanto la formazione del primo avviene a Cercina (Pomp. *l. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 43), «vom *Forum* weit genug entfernt... gab es hier auch kein Auditorium für öffentlichen Lehrvorträge..."; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 565 (vd. anche p. 616); sul punto vd. altresì M. BRETONE, *La storia del diritto romano fra scienza giuridica e antichistica* cit., p. 18. Sul rapporto tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio vd. anche D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht* cit., in ANRW. II, 15, 223-225; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., pp. 172 ss. Nella relazione di G. NEGRI, "Giudici e *responsa prudentium*" svolta all'VIII Convegno internazionale di diritto romano di Copanello (giugno 1996), che menziona un lavoro di più ampio respiro in materia in corso di pubblicazione, si accentua la natura preponderatamente didattica dei responsi contenuti nei *Digesta* di Alfeno (vd. dello stesso A., *Un esempio di organizzazione sistematica dell'esperienza scolastica severiana*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli [1998], pp. 121 ss.), affermazione che va coordinata con quella emersa nell'intervento alla discussione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI in rapporto al possibile scollamento tra svolgimento del responso e premesse di esso come fissate nei termini della *quaestio*, che farebbe pensare ad una commistione tra casi effettivamente proposti da privati, giudici e magistrati e svolgimenti interpretativi innestati da (e su di) essi e arricchiti da momenti dialettici con gli allievi. Vd., altresì, G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici alla scuola di Servio*, Atti Seminario S. Marino 7-9 gennaio 1993, a cura di D. MANTOVANI, Torino (1996), pp. 135 ss. Sulla natura didattica dei *Digesta* di Alfeno Varo vd. ora H. J. ROTH, *Alfeni* Digesta cit., pp. 102 ss.; pp. 203 ss.

La questione posta dal privato, dal magistrato o dal giudice si intreccia con quella dell'allievo, e sollecita oramai come metodo un procedere per ipotesi ed *exempla* scelti ad arte, che arricchisce non solo il numero delle soluzioni a cui attingere per il futuro, ma altresì impone una rigorosa applicazione dell'*ars dialectica*[151].

Lo sforzo è quello di adeguare la nozione di «frutto» secondo regole acquisite e tramandate dalla tradizione precedente a nuove forme di reddito ricavabili da una cosa e dal lavoro dell'uomo. Frutto è ciò che una cosa produce naturalmente senza perdere la propria sostanza e la propria capacità produttiva. Servio è coerente nell'escludere da questa nozione ipotesi di puro vantaggio-utilità dell'uomo (come nel caso del *commodum* del medico liberto; D.38, 1, 26, 1) e a costruire analogie tra il *fructus fundi* e le *operae servorum* in quanto *fructus hominis*.

La riscontrata linea di adeguamento della nozione naturalistica di frutto che impegna la migliore *iurisprudentia* tardorepubblicana (Manilio, Bruto, P. Mucio, Quinto Mucio e Servio), a causa anche della spinta espansiva che sul concetto imprime l'usufrutto e le nuove forme di reddito ricavabili dal

[151] Per l'approfondimento del rapporto tra *ars dialectica* e *responsum* in Servio Sulpicio Rufo, alla luce di Cic., *Brut.* 41, 151-152, fondamentale F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il* ius civile in artem redigere, in SDHI. 46 (1980), in particolare pp. 351 ss., dove altresì ponderata riflessione sulla precedente letteratura; a cui *adde* W. WALDSTEIN, Cicero, Servius *und die 'Neue Jurisprudenz'*, in *Iura* 44 (1993) [pubbl. 1996], 85 ss.; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, pp. 270 ss.

godimento delle cose (*usurae, mercedes*) o degli uomini (*operae*), è tanto più significativa se si tiene conto che proprio negli ultimi due secoli della repubblica penetra nella cultura romana con forza la nozione «teleologica» di *fructus*, elaborata dal pensiero stoico sviluppando intuizioni aristoteliche[152]. Essa, che troverà accoglimento nella nuova definizione del concetto tentata da Labeone (vd. prossimo capitolo), potrebbe aver avuto un certo influsso su interpretazioni, rimaste minoritarie, che in qualche modo tendevano a porre in discussione la concezione dominante.

Bisogna però sottolineare come, a fronte di queste possibili *dissensiones* che coinvolgono il concetto di *fructus*, è tangibile una linea dominante che opera consapevolmente all'interno della concezione naturalistica, tentandone riassestamenti e un riadeguamento a nuove forme di godimento delle cose.

[152] Arist., *Pol.*, I, 8, 11-12 Aubonnet/ I, 3, 7 Ross (1256b): ... ἀναγκαῖον τῶν ἀνθρώπων ἕνεκεν αὐτὰ πάντα πεποιηκέναι τὴν φύσιν. Cic., *De nat. deor.* 2, 14, 37: *scite enim Crysippus, ut clipei causa involucrum vaginam autem gladii, sic praeter mundum cetera omnia aliorum causa esse generata, ut eas fruges atque fructus quos terra gignit animantium causa, animantes autem hominum...; De off.*, 1, 7, 22: *ut placeat Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent...*; vd. altresì Cic., *De leg.* I, 8, 25. Su cui, vd. ora F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 17, pp. 50 ss.

CAPITOLO III

LABEONE E IL REQUISITO DEL SODDISFACIMENTO DEI BISOGNI UMANI

SOMMARIO: 1. L'estensione della nozione di frutto in relazione all'usufrutto: A. L'utilità soggettiva di dare in pegno il proprio diritto d'usufrutto, come *fructus rei* D.22,1,49=D.50,17,72 p.; B. La facoltà di tagliare legna dagli alberi secchi o sradicati del fondo in usufrutto, come espressione di *uti* e l'esclusione di questa legna dal frutto del fondo D.7,1,12 pr.= *Vat.* 71; C. Estensione del contenuto dell'usufrutto sullo schiavo agli acquisti *ex operis* o *ex re fructuarii* e suo rapporto con la nozione di *fructus hominis* D.7,1,21= *Vat.* 71 b; D. La reinterpretazione ulpianea di un parere labeoniano attinente al contenuto dell'*uti frui* ne falsa il significato, forzandolo all'interno di una *ratio* ad esso estranea D.7,1,7,1. 2. La delimitazione in negativo del contenuto dell'uso e la nozione di frutto come fondata sugli usi economici: A. Concreta delimitazione del diritto dell'usuario in relazione ai frutti della cosa in uso in base all'esclusione del normale reddito della cosa secondo gli usi economici: a. Limitata facoltà dell'usuario di lucrare una mercede dalla casa in uso D.7,8,2,1-4 pr. b. Limitata facoltà dell'usuario di consumare frutti naturali del fondo per soddisfare I propri bisogni alimentari ed esclusione del normale reddito agricolo del fondo D.7,8,12,1; c. *Usus gregis*, il limite dell'utilizzo *ad stercorandum* dello stesso e l'esclusione del normale reddito del gregge D.7,8,12,2; B. Indiretta rilevanza della nozione di frutto nella concreta fissazione dell'*usus sine fructu* e importanza degli usi socio-economici nella determinazione del normale reddito di una cosa. 3. Estensione della nozione di frutto alle utilità soggettive nell'ambito del restituere processuale: A. Il *commodum petitoris* a che il convenuto non eserciti la servitù di passaggio contestata nelle more del processo, computato nei *fructus* processuali oggetto di *restituere* D.8,5,4,2; B. La concezione tradizionale delle *operae servi* come *fructus hominis* e *restituere* processuale dello schiavo rivendicato D.6,1,79. 4. Prima apparizione di una nozione di frutto come risultato contabile del reddito netto escluse le spese D.17,1,10,9. 5. La nuova connotazione caratteristica del concetto di *fructus* nella sua destinazione al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo D.33,2,42. 6. Labeone ritiene inadeguata la nozione naturalistica di frutto, e si sforza di dare al concetto una nuova connotazione coerente alla sua natura di bene che, attraverso il godimento delle cose, è destinato al soddisfacimento di bisogni umani.

1. *L'estensione della nozione di frutto in relazione all'usufrutto*

A. *L'utilità soggettiva di dare in pegno il proprio diritto d'usufrutto come* fructus rei D.22,1,49= D.50,17,72

Iav. *libro tertio ex post.Lab.* D.22.1.49=D.50,17,72
Fructus rei est vel pignori dare licere.

Si tratta di un frammento cd. «ad uno strato» tratto dalla serie-Giavoleno dell'epitome ai *posteriores* di Labeone. La particolarità è data in questo caso dalla brevità di esso, da sempre fonte di problemi interpretativi[1].

La sua provenienza dal terzo libro dell'epitome di Giavoleno rende sicuro il contesto sostanziale: si tratta di un legato d'usufrutto. Ciò permette di inserire l'affermazione all'interno di un chiarimento del contenuto del diritto e dei poteri dell'usufruttuario.

L'affermazione deve coordinarsi con la facoltà dell'usufruttuario di dare in pegno il proprio diritto d'usufrutto[2].

Il *pignori dare*[3] ricorre anche in contesti nei quali al creditore non si consegna il bene pignorato[4]. Si tratterebbe di pegno dell'usufrutto senza la consegna al creditore della cosa in usufrutto. A fronte di *pignus usus fructus*, peraltro, anche qualora venga consegnata la cosa in usufrutto, l'interesse del nudo proprietario a vedersi restituito, alla fine dell'usufrutto, il bene non alterato nella sua *substantia*, trova piena tutela attraverso la *cautio fructuaria* prestata dall'usufruttuario[5]. Il

[1] Le difficoltà dogmatiche ed interpretative, insieme alla brevità del dettato, hanno portato diversi autori a negare genuinità al frammento (vd. A. PERNICE, *Labeo* cit., [I nella prima edizione Halle, 1873], A, p. 71; per il MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen* I, Breslau [1904], p. 35, esso è da considerare interpolato nella forma, ma nella sostanza il contenuto sarebbe di Labeone). In realtà la collocazione dello stesso frammento in due titoli diversi (D. 22, 1: "*De usuris et fructibus*"; D. 50, 17: "*De diversis regulis iuris antiqui*"), collocazione che in entrambi i casi realizza uno spostamento del frammento escerpito dal suo originario contesto (il terzo libro dell'epitome di Giavoleno ai *posteriores* labeoniani in materia di legato d'usufrutto), chiarisce il tipo d'intervento dei compilatori. Essi escerpendo il frammento, da un lato lo hanno probabilmente privato della questione più ampia entro la quale l'affermazione era stata fatta, dall'altro lato lo hanno inserito: a) nel titolo dove la definizione isolata trovava la sua più pregnante collocazione (D. 22, 1), sebbene in una fase del lavoro delle commissioni nella quale il titolo doveva essere stato già completamente composto (nell'ordine delle masse PSEA), finendo nella 'coda' di esso; b) e nel titolo finale D. 50, 17, all'interno dell'*Appendix* (nell'ordine, in questo caso, SAPE), facendone la *regula iuris antiqui* in materia di 'frutti' cocrente al significato del verbum '*frux*' da loro inserito in D. 50, 16, 77. Su questi problemi vd. *infra* pp. 372 ss.

[2] Vd. già la gl. «*Fructus*»; negli A. moderni, A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen* cit., p. 35; O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 307 n. 1; D. PAPPOULIAS, Η εμπραγματος ασφαλεια κατα το Ελλενικον και το Ρομαικον δικαιον, Leipzig (1909), p. 321 e n. 18; e di recente F. STURM, Rc. a Kohlhaas in *Iura* 37 (1986), p. 203.

[3] Che implicherebbe la necessità di ritenere oggetto del pegno manuale non la cosa in usufrutto, ma il *ius utendi fruendi* stesso, F. STURM, Rc. a Kohlhaas, cit. , p. 203.

[4] Vd. a riguardo H. WAGNER, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, in SDHI. 33 (1967), in particolare pp. 182 ss.; M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand*, in SDHI. 45 (1979), pp. 5-6 e n. 18.

[5] Sull'ampiezza della garanzia prestata al proprietario dall'usufruttuario in relazione alla

creditore, in sostanza, otterrebbe dal debitore-usufruttuario a garanzia del credito la concessione del godimento della cosa in usufrutto, in termini di rapporto obbligatorio, così come è lecito per l'usufruttuario dare in locazione la cosa in usufrutto. L'accento sul *pignori dare licere* come tale, cioè sulla facoltà di dare in pegno l'usufrutto[6], non significa, quindi, riconoscere un potere che travalica il diritto di cui si è titolari, ma significa includere nel pieno godimento dell'usufruttuario anche la possibilità di ottenere credito da terzi garantendolo col *ius utendi fruendi* stesso. La particolarità è qui data dal fatto che il *pignus* avente ad oggetto l'*usus fructus* può implicare teoricamente, ma non necessariamente, anche la consegna della *res aliena*. Ciò significa, però, un potere del creditore sulla cosa del nudo proprietario strettamente funzionale all'incidenza su di essa del *ius* pignorato. Il creditore troverà soddisfazione soltanto sul 'bene' pignorato, cioè l'*usus fructus*, grazie ai frutti futuri della cosa in usufrutto[7].

L'utilità dell'usufruttuario o, per usare la terminologia labeoniana, il *fructus rei*[8],

restituzione della cosa nello stato di costituzione e alle modalità dell'uso della stessa nel corso dell'esercizio del godimento, vd. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 284 ss. Rispetto, poi, alla tutela della posizione del creditore, egli ha nel caso di specie un'*actio Serviana* e un'*exceptio pacti conventi* paralizzante l'azione *negativa* del nudo proprietario. Rispetto ad una simile pretesa, Papiniano ricorda l'*exceptio: "si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit"*; D. 20, 1, 11, 2. Vd. sul passo A. WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtspraetendentenstreit*, in T. 37 (1969), p. 376; M. KASER, Ius honorarium *und* ius civile, ZSS. 101 (1984) R. A., p. 91 n. 412.

[6] La KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* libri posteriores *des* Antistius Labeo, Pfaffenweiler (1986), p. 208, ritiene l'uso di *licere* nel passo un *lapsus*, in quanto «die 'Fruchtziehung' besteht aber in der Verpfändung als solcher, nicht in der Erlaubnis, die Sache zu verpfänden. Insofern ist '*licere*' ungenau», da cui deriverebbe anche, in base ad una presunta sciatteria linguistica di Labeone, la possibilità di imputare al giurista augusteo questo frammento. Ma a prescindere dalla debolezza della tesi di fondo (su cui vd. le giuste riserve di F. STURM, Rc. a Kohlhaas cit., pp. 202 ss.; di «parte meno felice dell'opera» parla anche il TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in BIDR. 89 [1986], p. 557), *licere* nelle fonti giuridiche non ha solo il significato di lecito perché permesso, ma anche quello di lecito perché conforme alla *lex* e più in generale al *ius* (vd. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., p. 316). In questo caso la pignorabilità dell'usufrutto realizzata con una *datio pignoris* può implicare la consegna della cosa in usufrutto, ed è lecita perché ritenuta da Labeone conforme all'esercizio del diritto d'usufrutto.

[7] M. KASER, *Das römische Privatrecht* I[2] cit., p. 450 e n. 30.

[8] Così, K. F. F. SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle (1836), p. 133 e n. 4; G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 4 e n. 1, p. 29; J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, I, Basel (1847), p. 150 e n. 4; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I pp. 78-79; N. HERZEN, Rc. a Manigk, in ZSS. 25 (1904) R. A., p. 452; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala (1910; Diss.), p. 131 n. 20; P. LEONHARD, *Fructus* cit., col.

non è la somma effettivamente ottenuta in prestito[9], ma il cd. «vantaggio di liquidità». La brevità del frammento lascia peraltro aperta la possibilità che l'ipotesi a cui Labeone pensava, prevedesse un accordo di anticresi dell'usufrutto in conto di *usurae*. Il creditore, in sostanza, al posto degli interessi pecuniari, accetta i frutti del bene in usufrutto. In questo caso l'utilità del debitore-usufruttuario non si limiterebbe al cd. vantaggio di liquidità, ma conterrebbe anche questa sostituzione nel soddisfacimento del creditore.

Siamo di fronte ad una nozione di frutto costruita sul rapporto di vantaggio-utilità tra un uso lecito della cosa in usufrutto e l'uomo. In questo caso essa si concreta nell'utilità soggettiva correlata all'ottenimento del prestito, che l'usufruttuario trae attraverso il pegno del proprio usufrutto.

B. *La facoltà di tagliare legna dagli alberi secchi o sradicati del fondo in usufrutto come espressione di* uti *e l'esclusione di questa legna dal frutto del fondo* D.7,1,12 pr. =Vat. 71

All'interno di un lungo frammento tratto dal libro diciassettesimo del commentario di Ulpiano *ad Sabinum*, si affronta la questione di cosa rientri nell'usufrutto del fondo (D.7,1,9 pr. ss.). In questa sede bisogna cogliere il contesto della citazione di Labeone nella L.12 pr. in base al confronto testuale esterno con *Vat.*71.

Il punto cruciale della trattazione ulpianea è quello relativo ai limiti d'uso delle cose che si trovano nel fondo e che non sono frutti dello stesso, che non si acquistano cioè all'usufruttuario, ma di cui si viene a riconoscere un limitato *uti*.

Ulpiano, dopo aver affrontata e risolta positivamente la questione della liceità dell'uso dell'*instrumentum fundi* da parte dell'usufruttuario del fondo[10], approfondisce il problema dell'uso della legna che si trova in un *ager* che appartiene alla 'sfera economica' del fondo[11]. Il discorso si snoda attra-

120; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 190 n. 1; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 193; Chr. Kohlhaas, *Die Überlieferung der* libri posteriores cit., pp. 207-208.

[9] Esattamente L. von Petrażycki, *Die Lehre von Einkommen* cit., I, p. 78.

[10] Sul *fructus instrumenti* nel senso di utilità ricavata dall'uso dell'*instrumentum* vd. M. Bretone, *Frutti* cit., p. 665 che parla di «determinazione ampiamente economica»; aderisce M. d'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, Napoli (1990), p. 259 e n. 116.

[11] Vd. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 86-87; G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 127-128 e n. 2.

verso citazioni di Trebazio, sulla legna prodotta dalla *silva* e dalla *harundo caedua* (D.7,1,9,7)[12], di Cassio, in materia di *lignum tignarium* e di nuovo Trebazio, in relazione alla legna derivante dalle *arbores demortuae* (che l'usufruttuario ha l'obbligo di sostituire, a differenza delle *arbores* sradicate o abbattute da una forza maggiore; vd. D.7,1,18; I.2,13,8; D.7,1,59 pr; D.7,1,19,1)[13] e alle *ceterae materiae* (*Vat.* 70,2), cioè agli altri materiali da costruzione. Si precisano le modalità d'esercizio dell'usufrutto sulle cose che non rientrano nei frutti del fondo, in base al 'consueto uso del *pater familias*' (*palo fundi...solebat pater familias uti... posset fructuarium caedere sicut pater familias caedebat;* L.9,7 D.7,1)[14].

Il parere di Trebazio[15], riguardo alla legna tagliata dalla *silva caedua*, assume importanza per la natura di *fructus fundi* di questo prodotto. Il giurista non sembra richiedere soltanto il requisito naturalistico ricordato da Servio (capacità di rinascere dai ceppi D.18,1,40,4 da collegare con D.50,16,30 *supra* pp. 117 ss.), ma modella i limiti di appropriazione della legna da parte

[12] Sulla natura di *lignum*, cioè di materiale da combustione, del canneto in base agli usi regionali vd. Ulp. *25 ad Sab.* D. 32, 55, 5.

[13] Vd. a riguardo G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 188 ss., che giustifica il diverso trattamento in base al fatto che «la morte degli alberi è un fenomeno naturale che può farsi rientrare nella vita ordinaria del fondo», mentre lo sradicamento e/o la caduta per una forza maggiore è «un fatto accidentale che staccava una parte del fondo che non era frutto e quindi non spettava all'usufruttuario» (p. 189). Sul punto vd. anche M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 143 ss.

[14] Il ricorrere di un discorso diretto non esclude necessariamente l'imputazione a Trebazio del criterio; vd. giustamente F. Horak, *Rationes decidendi* cit., p. 186 n. 67 i. f.

[15] Dal confronto testuale esterno di D. 7, 1, 9, 7 (... *nam et Trebatius scribit silvam caeduam et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti*) con *Vat.* 70 (*nam et Trebatius scribit] silvam caeduam pos[se fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat]. Item ut arundinetu[m caedat fructuarius, quod caedendi causa pater familias] alebat, non puto prohibetur [... si pater familias vendere] non solebat*), non emerge una netta contrapposizione tra diritto classico e giustinianeo come ipotizza il Riccobono, *Vat. Fragm. 70. 1. Instrumentum fundi,* in *Studi Brugi,* (1910) pp. 173 ss., ma la sovrapposizione ulpianea dell'ipotesi relativa all'*arundinetum* su quella della *silva caedua*, la sola che avesse interessato Trebazio. Rimane il dubbio se la precisazione sui limiti della facoltà di disposizione della legna, sia di Trebazio oppure di Ulpiano. Non mi sembra corretta la stessa rilettura dell'affermazione del giurista tardorepubblicano da parte di Ulpiano, come interna alla logica dei limiti di utilizzo da parte dell'usufruttuario dei materiali che non sono frutti del fondo, per la produzione agricola dello stesso, a titolo di spettanza del *fructus instrumenti*. Sul passo, vd. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 86 ss.; G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 126-131; F. Horak, *Rationes decidendi* cit., pp. 185-186; M. d'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato* cit., pp. 258-260 (dove altra letteratura).

dell'usufruttuario in base agli usi del *pater familias* (*nam et Trebatius scribit silvam caeduam ...posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat*). Trebazio esprime qui un'idea fondamentale, quella che plasma il godimento e i limiti di appropriazione di alcuni prodotti del fondo che possono ascriversi nei suoi frutti, sulle consuetudini economiche del proprietario. A questo punto, Ulpiano ricorda il responso labeoniano.

Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,1,12 pr.
Arboribus evolsis vel vi ventorum deiectis / usque ad usum suum *et villae posse usufructuarium ferre Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si* /habeat, unde utatur ligno. *quem sententiam puto veram: alioquin et si totus ager sit hunc* /casum passus, om*nes arbores auferret fructuarius;* / materiam tamen ips*um* succ*idere quantum ad villae refectionem putat posse: quemadmodum calcem, inquit, coquere vel harenam fodere aliudve* /quid aedificio neces*sarium sumere.*

*Vat.*71
[...Labeo ait...] /usque ad usum suum *[et villae posse usu-fructuarium ferre nec materia eum pro ligno usurum, si]* /habeat unde utatur li*[gno. idem ait usurum eum arboris evulsis vel vi ventorum]* /etiam deiectis, puto tamen *[usque ad usum suum: alioquin et si totus ager sit hunc]* /casum passus om*[nes arbores auferret fructuarius];* /materiam tamen ipse su*[ccidere quantum ad villae refectionem poterit, < ut putat:*Mo.> *Ne]*/ratius libro III membranarum *[quemadmodum calcem, inquit, coquere vel harenam fodere aliudve]* /quid aedificio nece*[sarium sumere]*.../ apud Labeonem agita*[t]*... /pertinere, quamvis Proculus non...

Il frammento del Digesto, escerpito dai compilatori da una copia della *repetita praelectio* dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano (*Cordi* § 3), risulta diverso e raccorciato rispetto al frammento tramandato dai *Fragmenta Vaticana*[16], che

[16] Ho seguito la ricostruzione del LENEL, *Palingenesia* cit., II, col. 1061 num. 2559, che mi sembra la più prudente (così anche G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 277-278). Per i dubbi sulle integrazioni del Mommsen è importante segnalare la netta delimitazione della fattispecie collegata al responso labeoniano al *lignum* (*De ligno Labeo ait*), che se dal punto di vista dell'oggetto dell'uso (legna da ardere) è sicuramente esatta, dato il *nec materia pro ligno usurum, si habeat unde utatur ligno*, sorvola, però, sulle cose da cui si può trarre la legna (ad es. alberi secchi, alberi sradicati o caduti). La diversa ipotesi del DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 96-97 n. 1, altresì, non mi sembra esente da dubbi e incongruenze (*arboribus evolsis vel vi ventorum deiectis usque ad usum suum et villae posse usufructuarium ferre Labeo ait*

attingono forse ad una copia della *prima praelectio* della stessa opera del giurista severiano.

Le differenze sono significative e non si lasciano spiegare soltanto in termini di tradizioni distinte collegate alle due edizioni ricordate dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano[17], ma depongono per un intervento dei compilatori,

nec si habeat unde utatur ligno materia eum pro ligno usurum. de arboribus etiam deiectis puto tamen non posse: alioquin...), soprattutto in relazione alla spiegazione del *puto tamen* di Ulpiano, diretta a negare l'uso dell'usufruttuario degli alberi caduti per far legna da ardere, a differenza della soluzione labeoniana che lo ammetteva, e ciò in quanto «Ulpiano, avendo ancora presente il caso degli alberi morti, ... » seguirebbe qui Nerazio che limitava l'uso per la *refectio villae* (p. 97 n. 1; continua da p. 96). In tal modo però, oltre a dover riconoscere all'*etiam* un improbabile valore concessivo, si imputerebbe ad Ulpiano l'errore di considerare *lignum* (legna da ardere) come *materia* (legna da costruzione). Le due ipotesi sono distinte. Quella dell'uso della legna da ardere, per cui si ricorda il parere labeoniano, col limite dell'uso personale, e l'uso della legna da costruzione, insieme ad altri materiali edilizi, che implicava anche il taglio da alberi sani, col limite della ristrutturazione della *villa*, per cui si cita Nerazio. Su questo limite vd. approfonditamente M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 129-131.

[17] L'ipotesi è suggestiva, sebbene non collegata a D. 7, 1, 12 pr. e difficilmente verificabile; vd. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1975; rist. dell'ed. 1958), p. 285: «neben dieser [scil. *nova editio rep. prael.*] hatten die Redaktoren eine *vetus editio primae praelectionis* gefunden (die sich nicht benutzten). Diese könnte die Vorlage der fr. Vat. gewesen sein - womit die Verschiedenheit der Ausgaben erwiesen wäre, die V. und D. vorlagen» e le conclusioni a pp. 310-311. A riguardo, ha pesato la netta presa di posizione dello SCHULZ, *Geschichte* cit., p. 266, diretta a negare «eine von Ulpian selbst besorgte zweite Auflage», in base alla grande produzione di questo giurista, e al breve periodo di tempo nel quale la realizza. L'osservazione è puntuale, ma non insuperabile. Nuova edizione non significa una completa riscrittura dell'opera, ma un rinnovato sforzo di precisazione dettato ad es. da nuove letture o errori individuati. Il fatto che da ciò siano nate due tradizioni indipendenti dell'opera nell'età postclassica dimostra che tra le due *lectiones* sia comunque intercorso un certo lasso di tempo, che impedì, prima della morte del giurista, la consolidazione di un solo testo canonico. La stessa scelta fatta dai Compilatori di ricordare i libri *ad Sabinum* di Ulpiano come modello di *repetita praelectio* avente uguale dignità della prima, scelta finalizzata nella costituzione di promulgazione del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* a sugellarne la uguale dignità col primo *Codex*, dimostra indirettamente come per i giustinianei l'edizione dei *libri ad Sabinum*, da loro per altro utilizzata nei *Digesta*, era comunque da imputare, come la *vetus editio*, ad Ulpiano. La *repetita praelectio* dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano, di cui si parla in c. *Cordi* 3, è l'originale alla cui tradizione testuale si rifà l'edizione utilizzata dai Compilatori nei *Digesta*, mentre l'edizione della *vetus praelectio* deve essere stata scoperta *in antiquis libris* quando il lavoro di compilazione era già in stato avanzato; vd. a riguardo con posizioni differenziate, F. SCHULZ, *op. ult. cit.*, pp. 264-266; H. J. WOLFF, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpians* Libri ad Sabinum, in *Festschr. Schulz* (1951), II, pp. 145 ss.; F. WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 283 ss., p. 311.

teso ad eliminare il dissenso ulpianeo della prima parte, la citazione di Nerazio della seconda parte e le controversie fra giuristi *in fine*[18].

Dal testo tramandato mutilo nei *Vat.* 71 (di cui è leggibile solo il primo terzo di ogni riga) emerge, infatti, come l'ordine del discorso non fosse lo stesso di quello tramandato nei *Digesta*[19]. Se ipotizziamo in astratto tra i due frammenti una uguale larghezza di riga ed andata a capo, si vede che le differenze si concentrano alla riga 3, alla 6 e alla fine.

Alla riga 3: il *deiectis* dimostra come l'ipotesi delle *arbores deiectae* non si trovasse all'inizio, come invece nella stesura attuale della L.12 pr.; l'*etiam* è indice del fatto che questa ipotesi fosse aggiunta ad una precedente ipotesi (non sappiamo però se da Ulpiano o dallo stesso Labeone e rispetto a cosa: alberi morti? alberi sradicati?); e il *puto tamen* indica che, quanto meno nella *prima editio* dei suoi *libri ad Sabinum,* Ulpiano interveniva con una precisazione critica sul responso di Labeone.

La riga 6 dimostra come la seconda parte, quella relativa all'uso dell'ususfruttuario della *materia* col limite della *refectio villae*, che nella stesura attuale del Digesto sembra attribuibile a Labeone, fosse tratta in realtà dal l.3 delle *Membranae* di Nerazio[20].

Sulla discussione che, *in fine*, convolgeva Labeone e Proculo è difficile fare ipotesi.

Soffermiamoci sulla prima parte, sicuramente collegata ad un responso di Labeone. L'esordio del frammento dei *Digesta* non ricorda più il complemento oggetto di *ferre* - forse da correggere in *auferre* coerentemente all'argomentazione per assurdo introdotta dall'*alioquin* -, ma ricorda soltanto gli alberi sradicati o divelti dalla violenza dei venti, dai quali l'usufruttuario può tagliare la legna. Il fatto poi che alla riga 2 di *Vat.* 71 siano ancora leggibili le prime due lettere di *li[gno]*, dimostra che il responso di Labeone avesse ad oggetto il taglio della legna da ardere, conclusione ulteriormente confermata dal limite dell'utilizzazione della *materia pro ligno*, di legna da costruzione come legna da ardere[21]. Non mi sembra, quindi, che esistano alternative all'integrazione proposta dal Mommsen su questa prima parte, che indica come oggetto del responso labeoniano il *lignum*, cioè la legna da ardere presente nel fondo, sebbene questa ipotesi sorvoli sulla specifica provenienza della legna, cioè se dal taglio di *arbores demortuae* o *evulsae*[22].

Il discorso ulpianeo passerebbe dall'*instrumentum fundi* al *lignum palarium*, al *lignum tignarium*, alla legna da costruzione *ex arboribus demortuis* di cui si riconosce, come per le *ceterae materiae*[23], un limitato uso dell'usufruttuario, citando rispettivamente pareri di Cassio e Trebazio (D.7,1,9,7 e

[18] Vd. sulla natura dell'intervento, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee,* in AUPA. 16 (1931), pp. 258-259 (che per altro sorvola sull'esistenza di due diverse *lectiones* dell'opera ulpianea); F. WIEACKER, *Textstufen* cit., pp. 288-289; M. KASER, *Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung*, in ZSS. 69 (1952) R. A., p. 99; ID., Rc. a Schindler, in *Iura* 18 (1967), p. 218. La soppressione della citazione di Nerazio e della discussione in fine tra Labeone e Proculo rientra nella normale attività di taglio delle citazioni e delle discussioni poi superate. Qualche problema, invece, è dato dall'eliminazione del dissenso ulpianeo, o meglio delle ragioni di esso, nella stesura attuale del frammento tramandato dal Digesto. Un simile intervento, infatti, è da considerarsi eccezionale alla luce delle modalità di intervento dei compilatori sul materiale classico; sul punto, oltre i lavori già citati, vd. M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo. Atti II Congr. Intern. Soc. Ital. di Storia del dir.* Firenze (1971), I pp. 291 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*[2] cit. I, pp. 193 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, pp. 154 ss., tanto più quando manchi una particolare riforma giustinianea in materia. Si tratta forse di un ripensamento di Ulpiano, frutto di una rimeditazione sul punto nella *repetita praelectio,* quella a cui si rifaceva l'edizione al vaglio della commissione sabiniana del Digesto?

[19] La dottrina da tempo ha riconosciuto l'importanza di questi lunghi frammenti dei *libri ad Sabinum* contenuti nei *Vat.* come esempi appropriati per mettere in crisi le nostre convinzioni sul metodo di lavoro dei compilatori. In particolare sulla possibilità che essi spostassero l'ordine interno seguito dall'opera del giurista classico, anticipando e posticipando paragrafi interi (ad es. *Vat.* 71b in rapporto a D. 7, 1, 12 pr. -1 e 21. 23), vd. P. KRÜGER, *Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten*, in ZSS. 31 (1910) R. A., pp. 7-8. Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto tra D. 7, 1, 9 , 12 e *Vat.* 70. 1-2;71, l'eliminazione di *Vat.* 70. 2 corrisponde all'inserimento di D. 7, 1, 10 Pomp. *5 ad Sab.* sull'uso della legna *ex silva caedua* ed *ex arbore*, purché il fondo non risulti deteriorato, e D. 7, 1, 11 Paul. *2 epit. Alf. dig.* sul divieto di tagliare le *grandes arbores*.

[20] Vd. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 130.

[21] Vd. esattamente G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 190.

[22] Dato *l'etiam deiectis* della terza riga di *Vat.* 71, è sicuramente da escludere un originario responso di Labeone sugli alberi caduti, il che per altro non impedisce di ritenere che sia lo stesso Labeone ad estendere ad essi la soluzione appena data su quelli morti o sradicati. Per quanto riguarda la scelta tra *arbores demortuae* o *evulsae*, più convincente mi sembra la prima opzione, che troverebbe un appiglio in *Vat.* 70, 2 dove l'ultima ipotesi, relativa ad un responso di Trebazio il cui tenore è impossibile da ricostruire, era proprio relativa alla legna delle *arbores demortuae* sebbene in questo caso sembra trattarsi di legna da costruzione e non di legna da ardere. Il responso di Labeone, in questo caso, si inserirebbe proprio per riconoscere un uso limitato, non della legna da costruzione per le riparazioni della *villa,* ma della legna da ardere tagliata dagli alberi morti per il suo consumo quotidiano. La seconda opzione, quella relativa ad un responso in materia di soli alberi sradicati, implica una differenza di regime con gli alberi caduti che Labeone riconosce e che forse Ulpiano elimina con l'*etiam deiectis puto tamen*.

[23] Su *lignum* e *materia* vd. Ulp. *25 ad Sab.* D. 32, 55 pr, su cui ora M. SCHERMAIER, *Materia* cit., pp. 16 ss.

Vat. 70), per poi ricordare il responso di Labeone, sulla legna da ardere (*lignum*) derivante a sua volta da alberi morti. Questo responso è lo spunto per la precisazione sugli alberi evulsi e divelti, e per l'accostamento con la soluzione di Nerazio che riconosce in generale un uso limitato *ad villae refectionem* del taglio di legna da costruzione da alberi sani, analogamente alla cottura della calce e alla raccolta della sabbia presenti nel fondo per il medesimo fine.

È chiaro, però, che mentre in questo secondo caso, l'ampiezza dell'uso su cose del proprietario è collegata ad un interesse dello stesso, quello appunto della conservazione nel tempo delle costruzioni sul fondo in usufrutto[24], rispetto all'uso della legna da ardere, la posizione labeoniana era circoscritta al taglio di legna da alberi del fondo nei limiti di un uso personale dell'usufruttuario, alberi che, oramai, per casi della natura o fortuiti, non facevano più parte del fondo[25]. Ciò si deduce altresì dalla preoccupazione labeoniana di vietare un uso della legna da costruzione non consono alla sua preziosità, nei limiti in cui l'usuario abbia di dove soddisfare il suo fabbisogno di legna da ardere, perché quest'uso si sarebbe tradotto in una lesione del valore che la *materia* ha per il proprietario in termini di reddito (*nec materia eum pro ligno usurum...*). Per questo, d'altronde, Labeone non si preoccupa dell'aspetto quantitativo, quello in sostanza che sorregge l'obiezione di Ulpiano per gli alberi divelti dalla violenza dei venti (*alioquin/fructuarius*)[26], in quanto nell'*uti* così delimitato rientra soltanto un uso conforme ai consumi personali dell'usufruttuario, ai suoi bisogni quotidiani di riscaldamento e cucina.

Per quanto riguarda l'uso della legna delle *arbores deiectae* (*etiam deiectis*) si potrebbe ipotizzare un responso labeoniano teso a riconoscere una maggiore estensione dell'*uti* dell'usufruttuario, in sostanza un uso che ne implichi una acquisizione più ampia, forse come corrispettivo del lavoro necessario per rimuovere l'ingombro che esse arrecano al normale godimento produttivo del fondo in usufrutto (vd. in questa prospettiva l'obbligo del *dominus* di rimuovere gli alberi divelti; Pomp. *5 ad Sab.*D.7,1,19,1). Il *puto tamen* ulpianeo rifletterebbe, allora, come hanno ben colto Mommsen e Lenel, l'applicazione anche a questa ipotesi del limite dell'*usque ad usum suum et villae*. La sovrapposizione delle fattispecie degli alberi sradicati o divelti a quella degli alberi morti, sia questa stata realizzata da un intervento dei compilatori o conseguenza della tradizione presente nella *secunda editio* dell'opera classica, elimina la differente soluzione labeoniana tra l'uso della legna da ardere tagliata dagli alberi secchi e quello della legna tagliata dagli alberi sradicati o divelti, e con ciò elimina le ragioni del parziale dissenso ulpianeo (*puto tamen*)[27].

Dal punto di vista sostanziale, mi interessa la ragione del parere labeoniano. Il presupposto dogmatico è che la legna da ardere, da tagliare dagli alberi secchi, divelti o sradicati, non sia considerata un *fructus fundi* (vd. anche *Ulp.* 31 *ad Sab.* D.24,3,7,12), e quindi spetti al *dominus*[28], salvo una limitata facoltà d'uso da parte dell'usufruttuario. A mio avviso proprio la provenienza di questa legna da alberi incapaci per definizione di ricrescere dopo il taglio o addirittura, come nel caso di quelli divelti o sradicati, non più incorporati materialmente nella terra, impedisce di considerare il materiale da essi tagliato come frutto del fondo.

Questo non esclude una facoltà d'uso della legna da essi tagliata (*ad usum...; usurum; utatur*), che significa, in relazione alla legna da ardere, un'appropriazione di legna nella quantità necessaria per soddisfare l'esigenze quotidiane di riscaldamento e di cucina, mentre non si traduce mai in ritorno economico, reddito, ad es. riconoscendo all'usufruttuario la facoltà di vendere la legna a terzi. Il limite dell'*usque ad usum suum* è a questo riguardo pregnante[29].

[24] È quindi un uso strettamente correlato alla conservazione in buono stato del fondo; così *H. Donelli commentariorum de jure civili liber X*, in *Opera omnia*, III ed. Maceratae (1832), col. 65.

[25] Sulla delimitata utilità degli alberi morti, sradicati o divelti, al solo taglio per farne legna (da costruzione se pregiata, da ardere per quella normale), vd. *H. Donelli commentariorum de jure civili liber X*, in *Opera omnia* cit., III, col. 66.

[26] La frase *alioquin-auferret fructuarius* nella stesura attuale sembra ulpianea, sebbene ricchegi argomentazioni per assurdo labeoniane; vd. G. Negri, *Diritto minerario romano* cit. I, pp. 278-279; T. Giaro, *Über metodologisches Werkmittel der Romanistik*, in ZSS. 105 (1988) R. A., p. 234 n. 198.

[27] Per una «sintesi concisa ma esatta» dei giustinianei, sostanzialemente coerente con le discussioni attestate dai *Vat.*, propende G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, p. 279, sebbene questo A. non accentui adeguatamente la distanza tra il *materiam succidere ad villae refectionem* dell'ipotesi di Nerazio e il taglio di legna da ardere da alberi morti, sradicati o divelti, all'origine del responso di Labeone.

[28] Esattamente, *H. Donelli commentariorum de jure civili l. X*, in *Opera omnia* cit., III, coll. 65; e più di recente M. Pampaloni, *Questioni di diritto giustinianeo V. Il diritto dell'usuario al godimento dei frutti*, in RISG. 49 (1911), pp. 241 ss., in particolare p. 251; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 83-84 e p. 95; G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., p. 133 n. 1.

[29] Il tenore attuale del passo, che indica come unico riferimento soggettivo del *suum* il *fructuarius*, non depone necessariamente (come vuole il Wieacker, *Textstufen* cit., p. 288) per una concretizzazione dell'*arbitratus boni viri* secondo l'uso consueto del *pater familias* di Trebazio (D. 7, 1, 9, 7), che è un modello di godimento costruito sulle consuetudini del concedente (così, invece, M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 111 n. 68; seguito, con ulteriori approfondimenti da G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 274 ss. e p. 276 n. 46). In sostanza, se le abitudini di uso quotidiano dell'usufruttuario della legna da ardere ricavata dagli alberi seccatisi, caduti o sradicati dalla violenza del vento fossero diverse da quelle del concedente, in ogni caso, nei limiti del suo uso diretto e personale, sarebbero state considerate lecite.

C. *Estensione del contenuto dell'usufrutto sullo schiavo agli acquisti* ex operis *o* ex re fructuarii *e suo rapporto con la nozione di* fructus hominis D.7,1,21 = *Vat.* 71b

Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,1,21
Si servi usus fructus sit /legat*us,* quidquid is ex opera *sua adquirit vel ex re fructuarii ad eum pertinet,/* sive stip*uletur sive ei possessio fuerit tradita./* si *vero* here*s institutus sit vel legatum acceperit,* Labeo disting*uit cuius gratia vel heres instituitur vel legatum acceperit.*

Vat. 71b
Nunc videndum si f*[ructus servi legatus sit... quid contineatur in]/* legato. Quidquid is ex opera s*[ua adquirit vel ex re fructuarii, sive manci]/*pio accipiat sive stip*[uletur sive ei possessio fuerit tradita, fructua]/*rio adquirit. Et si he*[res instituatur vel legatum accipiat puto (?) proprietario]* /quaeri, quamvis Labeo distin*[guat, cuius gratia heres instituitur vel legatum acceperi*

Nuovamente un frammento escerpito dai *libri ad Sabinum* di Ulpiano nel quale si colgono differenze tra la tradizione dell'opera contenuta nei *Digesta* e quella dei *Vat.* Queste differenze coinvolgono singole parole e parti o valutazioni di giudizio di Ulpiano relative all'opinione di Labeone. L'interpolazione che elimina il *mancipio accipere* è dovuta alla generale soppressione nel Digesto di ogni richiamo all'istituto[30].

[30] Per la sistematica sostituzione del *mancipio accipere* col *per traditionem accipere*, anche in materia di acquisti dello schiavo in usufrutto, vd. F. Pringsheim, *Eigentumübergang beim Kauf*, in ZSS. 50 (1930) R. A., pp. 333 ss., in particolare pp. 408 ss. (sebbene non consideri D. 7, 1, 21). Già il Gradenwitz, Per traditionem accipere *in den Pandekten*, in ZSS. 6 (1885) R. A., pp. 56 ss. aveva però messo in guardia dal considerare interpolazioni sicure, a differenza del *per traditionem accipere*, proposizioni del tipo *quid traditum sibi esse/accipere*, perché formule tecniche relative ad acquisti anche nelle fonti classiche pervenute al di fuori del *Corpus Iuris* (Gai. II, 87; *Tit. Ulp.* XIX, 18). Il Wieacker, *Textstufen* cit., p. 289, lascia aperta la possibilità dell'eliminazione o della eliminazione con sostituzione. Dal punto di vista sostanziale l'acquisto della *possessio tradita* allo schiavo in usufrutto come acquisto dell'usufruttuario non pone problemi (vd. ad es. Pap. D. 41, 2, 49 pr.), sebbene essa potrebbe presupporre un originario acquisto esclusivo al *dominus servi*; così G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i* potestati subiecti, Milano (1960), pp. 72 ss.; 74 (sebbene questo A. propenda poi per l'itp. del *sive possessio-tradita*). La questione per altro si intreccia con l'integrazione della lacuna precedente alla penultima riga di *Vat.* 71b (*/rio adquirit*). Da questo punto di vista, per dare cioè una giustificazione plausibile della originaria giustapposizione delle tre cause d'acquisto (*mancipatio, stipulatio* e *traditio*), non è ammissibile la integrazione normalmente proposta (*quidquid autem extra duas causas adquirit, proprieta]rio adquirit*). Qui in realtà, si ribadiva che gli acquisti per *mancipatio, stipulatio* e *traditio* dello schiavo in usufrutto, rientravano negli acquisti *ex re fructuarii*, e quindi spettavano all'usufruttuario. A cui seguiva la diversa soluzione per l'eredità e il legato, che per Ulpiano spettavano comunque al proprietario, sebbene Labeone avesse distinto in materia.

Il *quamvis Labeo distinguat* fa pensare ad una diversa presa di posizione di Ulpiano, più coerente alla regola oramai maturata ai suoi tempi, che escludeva di massima dagli acquisti dell'usufruttuario tramite lo schiavo in usufrutto, quelli dovuti all'istituzione d'erede o al legato di cui il servo in usufrutto fosse stato onorato[31]. I compilatori sfumano la più netta posizione di Ulpiano, perché preferiscono la distinzione labeoniana dal punto di vista del rispetto della *voluntas* del testatore[32].

La diversa formulazione del legato (nella versione dei *Vat.*, data la sicura leggibilità della effe, *fructus servi legatus sit* , mentre nel frammento tramandato nel Digesto leggiamo, *si servi usus fructus legatus sit*) non deve ingenerare confusione, in quanto si intende con entrambe lasciare in legato l'usufrutto dello schiavo. Nella versione tramandata nei *Fragmenta Vaticana*, che forse

[31] Gai. II, 91-92: *De his autem servis in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis adquiritur. 92. Idem placet de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus...*; cfr. Gai. D. 41, 10, 3-4; I. 2, 9, 4. Vd. altresì Gai. III, 164-165; I. 3, 28, 1-2. Pap. D. 41, 2, 49 pr.; *Tit. Ulp.* XIX, 18-21. Per il Solazzi, *Saggi di critica romanistica VII. Il servo in usufrutto e Gai. II, 91*, in BIDR. 49-50 (1947), pp. 373 ss., in particolare pp. 375-376, il confronto tra Gaio e D. 7, 1, 21=*Vat.* 71b, imporrebbe la conclusione di una provenienza glossematica del paragrafo gaiano; *contra*, accentuando le finalità del manuale istituzionale di Gaio, G. Grosso, *Postille su Gai. II, 91*, in *Labeo* 5 (1959), pp. 7-11.

[32] Inaccettabili oggi le ipotesi critiche che espungono la distinzione labeoniana in base ad un esclusivo uso nel latino tardo di *distinctio-distinguere* (vd. G. Beseler, *Beiträge* cit., III, p. 132; F. Pringsheim, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel* [1921], p. 235). Né tanto meno il *cuius gratia* labeoniano è prova di un'origine spuria del contenuto della *distinctio* labeoniana; vd. a riguardo, accentuando la necessità di una *duplex interpretatio*, S. Riccobono, *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Recht* (Vat. *71 und Sen.* De benef. *V, 19, 8*), in *Scritti in onore Ferrini* IV (1949), p. 59. Su una chiara modifica del pensiero di Labeone in favore del dogma bizantino della volontà, è fondata l'ipotesi del G. Dulckeit, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft*, Weimar (1934), pp. 48-55; 76; 102 ss., che ricostruisce il contenuto della *distinctio* in relazione al diverso problema del *iussum domini vel fructuarii* proprio degli acquisti del *liber homo bona fide serviens*. Al di là delle riserve che solleva dal punto di vista sostanziale questo accostamento (vd. *infra* p. 149 n. 44), l'ipotesi di interpolazione del Dulckeit è preordinata alla tesi che questo A. sostiene e non modifica di fatto, per quanto riguarda la presunta preferenza dei bizantini per il dogma della *voluntas*, i termini della questione; vd. puntualmente S. Riccobono, *Amicus Plato sed magis amica veritas*, in BIDR. 53-54 (1948), pp. 353 ss., in particolare pp. 359-360.

si collega ad una *editio* della *vetus praelectio* dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano, emerge la necessità di chiarire il contenuto del legato quando in questo si faccia riferimento al *fructus servi*. Ereditava Ulpiano qui, oltre che l'ordine[33], la terminologia con la quale il problema era introdotto nei *Tres libri iuris civilis* di Sabino? Oppure si è di fronte ad una alterazione avvenuta nella *editio* in forma di *codex* dell'opera classica, edizione utilizzata dall'anonimo autore dei *Fragmenta Vaticana*? I risultati del Wieacker riguardo alla tradizione epiclassica e postclassica dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano[34], soppesati in relazione anche alla regola sabiniana in Ulp. *17 ad Sab.* (D.7,8,14,1: *usus fructus an fructus legetur, nihil interest...*), mi fanno ritenere più plausibile la prima ipotesi.

La spettanza all'usufruttuario di tutto ciò lo schiavo acquisti *ex opera sua* o *ex re fructuarii* è regola maturata già prima di Labeone[35]. Essa dovette inizialmente misurarsi con la nozione di *fructus hominis*, per poi trovare piena espressione nel *quod ad fructuarium pertinet*[36] come conferma il *placuit* di Gai. II,91[37].

In età labeoniana, l'usufruttuario dello schiavo fa proprie tutte le cose che il *servus* acquista con le sue *operae*. Questa regola, oltre ad essere presupposta dalla *distinctio Labeonis* in L.21 = *Vat.* 71b, è estesa anche agli acquisti

[33] Sull'ordine seguito da Ulpiano nel libro diciassettesimo *ad Sabinum* in relazione agli oggetti legati in usufrutto (*aedium, fundi, servi usu fructu legato*; vd. anche il *nunc videndum* dei *Vat.* 71b.); G. Grosso, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in BIDR. 74 (1971), p. 41.

[34] F. Wieacker, *Textstufen* cit., pp. 283-311; nelle conclusioni il W. esclude possa trarsi conferma alla sua ipotesi interpretativa («über frühe Scholienkatenen, die ein nachklassischen Herausgeber gegen 300 mit dem Original zur Vorlage der Fr. Vat. 58-89 zusammenzog») dai *libri ad Sabinum* di Ulpiano.

[35] Così, in base alle testimonianze che in materia ricordano Labeone, G. E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 13; A. Pernice, *Labeo* cit., C, p. 370 n. 2; C. Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, Leipzig (1891), p. 116-117 (che pensa all'età di Q. Mucio); vd. altresì R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., p. 136; G. Grosso, *Usufrutto*² cit., pp. 215 ss.; H. Kaufmann, *Die altrömische Miete* cit., p. 197 (impensabile però una sua retrodatazione fino alle XII Tavole [p. 199]; vd. giustamente Th. Mayer-Maly, Rc., in ZSS. 82 [1965], p. 413). Sulla regola vd., anche, W. Krüger, *Erwerbszurechnung kraft* Status, Berlin (1979), pp. 67 ss.

[36] F. Schulz, Sabinus-*Fragmente in Ulpians* Sabinus-*Commentar*, Halle (1906), p. 34 [= in *Labeo* 10 (1964), p. 74]; seguito da R. Astolfi, *I* libri tres iuris civilis *di Sabino*, Padova (1983), p. 208.

[37] Di qui il dubbio sul *puto* nella ricostruzione della lacuna precedente all'ultima riga dei *Vat.* 71b. Potrebbe infatti ipotizzarsi la citazione di un altro giurista, in particolare, seguendo l'ipotesi del Dulckeit, *Erblasserwille* cit., p. 104, un *Sabinus scribit*.

del *liber homo bona fide serviens,* problema questo oggetto di discussione già tra Labeone stesso e Trebazio (D.41,1,19; D.28,5,60 pr.)[38].

Si deve immaginare quindi una verifica della nozione di *fructus hominis* in rapporto agli esatti limiti dell'acquisto *ex opera sua* dello schiavo in usufrutto[39], confrontandosi peraltro con le regole già elaborate fin da Q. Mucio in materia di *societas quaestus* (vd. D.17,2,11 in collegamento con D.17,2,9)[40].

All'interno di una mentalità che non si sia ancora completamente emancipata dalla nozione di frutto per delimitare il contenuto dell'*uti frui*, è possibile che si sia cercato in un primo momento di ascrivere nel *fructus servi* quelle cose che lo schiavo acquista con le sue *operae*, includendovi anche la gestione del patrimonio (in senso lato) dell'usufruttuario (*ex re fructuarii*)[41].

[38] Vd. G. Dulckeit, *Erblasserwille* cit., pp. 26 ss.; C. Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb* cit., pp. 144 ss.; R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, Milano (1958), pp. 340 ss.; 360 ss.; W. Krüger, *Erwerbszurechnung* cit., pp. 92 ss.; A. Wacke, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers*, in *Festschr. Seidl* (1975), pp. 179 ss., in particolare pp. 183 ss.; Id., *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., in ZSS. 108 (1991) R. A., pp. 136 ss.

[39] Prima della formazione della regola nell'àmbito dell'usufrutto, la naturale spettanza degli acquisti dello schiavo doveva essere quella imposta dalla *potestas*, e quindi quella del proprietario; vd. G. Nicosia, *L'acquisto del possesso* cit., pp. 20 ss., e p. 74; W. Krüger, *Erwerbszurechnung* cit., pp. 21 ss. Nelle fonti vi sono numerose tracce della discussione in materia, non sempre ricostruibile con sicurezza, ma sulla quale sarebbe necessaria una rinnovata ricerca maggiormente sensibile alla valorizzazione del *ius controversum*. Oltre a D. 7, 1, 21=*Vat.* 71b dove si cita Labeone: Iul. D. 29, 2, 45, 4 sulla possibilità che l'*aditio hereditatis* del *liber homo bona fide serviens* in adempimento di un *iussum* del *dominus* putativo fosse ascritta negli acquisti *ex opera* o *ex re*; D. 41, 1, 19 dove Aristone nega entrambe le possibilità; cfr. altresì D. 29, 2, 4; 5 pr. -3. La discussione tra Trebazio e Labeone in D. 41, 1, 19 i. f. e D. 28, 5, 60 pr. L'ipotesi scartata da Tryph. in D. 41, 1, 63, 3 di attrarre il ritrovamento del tesoro negli acquisti *ex re* o *ex operis*. Su queste problematiche, non sempre valorizzando in pieno le diverse concezioni sottese, vd. G. Dulckeit, *Erblasserwille* cit., pp. 79 ss.; R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., pp. 235 ss.; R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens* cit., pp. 365 ss., 371 ss. (*ex operis*), 380 ss. (*ex re*); G. Grosso, *Usufrutto*² cit., pp. 206 ss.; W. Krüger, *op. ult. cit.*, pp. 92 ss.

[40] Sul punto vd. F. Bona, *Contributi alla storia della* societas universorum quae ex quaestu veniunt cit., in *Studi Grosso* I, pp. 400 ss.

[41] Paul. *10 ad Sab.* D. 7, 1, 31 Vd. esattamente W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery* cit., p. 343. Un'interpretazione materialistica della *res fructuarii* impedisce di rendersi conto dell'elasticità del concetto, che contiene anche l'acquisto di posizioni giuridiche attive (crediti) o la estinzione di posizioni giuridiche passive (*acceptilatio* o *pactum de non petendo* relativi a debiti dell'usufruttuario; vd. D. 46, 3, 63; D. 46, 4, 11 pr.) incidenti sul patrimonio dell'usufruttuario o del *dominus* putativo. Vd. ad esempio l'insoddisfazione del Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb* cit., p. 122. Sul significato di acquisto *ex re fructuarii* vd. R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens* cit., pp. 380 ss.; G. Grosso, *Usufrutto*² cit., pp. 209-210; W. Krüger, *Erwerbszurechnung* cit., pp. 68-73. Il Wacke, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., p. 137, vi vede l'applicazione dell' idea di «surrogazione».

Rispetto al *quidquid ex re fructuarii servus adquirit* la via potrebbe essere stata quella di valorizzare la sinergia tra gestione dei beni da parte dello schiavo in usufrutto e appartenenza di essi all'usufruttuario, come fonte del reddito prodottosi (un'eco in Paul. *10 ad Sab.* D.7,1,31: *ex re fructuarii etiam id intellegitur, quod ... ex administratione rerum eius compendii servus fecerit*; vd. anche Iul *ad U.Fer.* D.29,2,45,4). E ciò tanto più per quei giuristi che accentuano il ruolo del lavoro come mezzo di produzione autonomo dal patrimonio di derivazione.

Nella versione, però, tramandata dalla scuola sabiniana, l'accento è tutto sulla provenienza dell'acquisto, direttamente o indirettamente, dal patrimonio dell'usufruttuario, sì da privilegiare, nell'individuazione della spettanza degli utili da ciò derivati, la logica dell'appartenenza del patrimonio (ad es. un peculio), rispetto a quella delle *operae*. In tal modo si lasciano fuori questi acquisti dalla nozione di frutto dello schiavo. Non è più sull'ascrivibilità di tali cose nel *fructus hominis*, ma è sul confronto *dominus servi - fructuarius* che la giurisprudenza romana viene, quindi, a delimitare le *causae adquirendi* che legittimano l'appropriazione da parte dell'usufruttuario degli acquisti dello schiavo.

In età classica, come detto, Gaio (Gai. II,91) non riconosce all'usufruttuario gli acquisti dello schiavo derivanti da istituzione d'erede, legato e donazione. La motivazione data è coerente nel negare a questi acquisti il carattere di acquisti *ex re fructuarii* o *ex operis servi*. Già la motivazione indica che la maturazione del limite è il risultato di una riflessione interna alla regola e non esterna, né è precostituita a questa in base a valutazioni relative alla gratuità o onerosità dell'acquisto[42].

Ciò è confermato, poi, dal *ius controversum* esistente in materia, che evidenzia i tentativi fatti di ricomprendere ora nell'*ex re fructuarii*, ora nell'*ex operis servi*, acquisti dello schiavo derivanti oltre che da *mancipatio, traditio* e *stipulatio*, da *pactum*, da istituzione d'erede, da legato, da donazione, e da altre ipotesi di acquisto (ritrovamento del tesoro)[43].

Il *quamvis Labeo distinguat* ha per oggetto la possibilità che lo schiavo in usufrutto, in determinate circostanze, acquisti all'usufruttuario per istituzione d'erede o per legato, quindi esprime una distinzione pur sempre interna alla regola, sebbene entro una regola suscettibile di precisazioni e distinzioni.

[42] Vd. al contrario R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., p. 136. D'altronde, l'argomento della gratuità/onerosità sarebbe di per sè poco idoneo a cogliere l'elemento distintivo degli acquisti con *mancipatio, stipulatio* e *traditio*.

[43] Vd. *supra* n. 39.

Riguardo al contenuto della distinzione di Labeone, non c'è ragione per pensare ad un suo diverso tenore rispetto al testo tramandato dai *Digesta*. Oltre al fatto che il *quamvis* è correlato al precedente *<proprietario puto> quaeri*, ritengo non corretto rileggerla alla luce della diversa problematica del *iussum* e dei suoi effetti in caso di *aditio hereditatis* del *liber homo bona fide serviens*[44]. La portata del *cuius gratia* è relativa alla sfera di interessi effettivamente coinvolta con la disposizione *mortis causa,* quella del *dominus servi* o quella del *fructuarius*[45]. È *fructuarii gratia* la disposizione che menzioni

[44] L'ipotesi è del Dulckeit, *Erblasserwille* cit., pp. 101-104; la seguono U. von Lübtow, Rc., in ZSS. 55 (1935), p. 405; V. Arangio-Ruiz, Rc., in SDHI. 2 (1936), p. 189; W. Kunkel, [*In memoriam*], in ZSS. 71 (1954), pp. 606 ss., in base alla discussione tra Labeone e Trebazio in D. 41, 1, 19 e D. 28, 5, 60 pr. Al di là della correttezza della ricostruzione del pensiero labeoniano in relazione al *bona fide serviens* (critico E. Betti, Rc., in BIDR. 43 [1935], pp. 374 ss.; sul punto, ora, con posizioni differenziate R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens* cit., pp. 380 ss.; D. Medicus, Rc., in ZSS. 77 [1960], p. 455; Th. Mayer Maly, *Obligamur necessitate*, in ZSS. 83 [1966] R. A., pp. 64-65; vd. anche A. Wacke, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., pp. 127 ss.), e di una più prudente valutazione dell'estensione alla *distinctio* in *Vat.* 71b (vd. G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 215 ss.), è errato costruire una analogia tra l'ipotesi dell'istituzione d'erede o del legato a favore dello schiavo usufruttuario *fructuarii* o *domini gratia* e quella dell'istituzione d'erede o del legato a favore dello schiavo altrui o del *bona fide serviens* accettati da questi ultimi su ordine del presunto *dominus*. Soltanto in questo secondo caso, infatti, si pone il problema di salvaguardare il patrimonio del vero proprietario dello schiavo o dell'uomo libero dall'*aditio* di un'eredità passiva in adempimento di un ordine del presunto *dominus*. La precisazione di Labeone in materia (D. 41, 1, 19 i. f.; D. 28, 5, 60 pr.) impone di distinguere a seconda che il presunto schiavo *ex necessitate id fecisset*, cioè accetti in adempimento di un ordine del presunto *dominus*, o che *ipse vellet*, cioè accetti volontariamente l'eredità, vi sia stato o meno il *iussum* del presunto proprietario. Nel caso, invece, dello schiavo in usufrutto (D. 7, 1, 21 = *Vat.* 71b) tale questione non rileva, essendo determinante, almeno nella concezione labeoniana, che la disposizione *mortis causa* sia stata fatta o meno *fructuarii gratia*. Altro problema è il ragionamento che porta la giurisprudenza a considerare l'acquisto dello schiavo altrui o del *liber homo* come un acquisto del patrimonio del presunto proprietario, in quanto possessore di buona fede, e non del patrimonio dell'*homo liber*, o se *alienus* del suo vero *dominus*. La tutela che si dà alla situazione apparente, potrebbe rispondere non solo a criteri di conservazione del patrimonio, del quale - come strumento imprenditoriale – fa parte il presunto o altrui schiavo (così, A. Wacke, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., p. 137), ma anche a criteri d'equità tesi ad evitare acquisti dannosi al patrimonio del *l. h. b. f. s.* o del vero *dominus*.

[45] In tal senso è possibile costruire un legame tra la *contemplatio* di cui Ulpiano parla in materia di donazione D. 7, 1, 22 e il *cuius gratia* labeoniano, nel senso che per Ulpiano è necessaria una menzione esplicita del destinatario del lascito, mentre per Labeone ciò si desumerebbe dal contenuto dell'atto. Per il Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milano (1963), pp. 893-894, i due criteri sarebbero, invece, coincidenti.

espressamente l'usufruttuario (*contemplatio*) o il fatto che lo schiavo sia in usufrutto. Ma ritengo esserlo anche quella che sia senza dubbio nell'interesse del *fructuarius* (nel caso ad es. di *legatum per damnationem* di cui lo schiavo in usufrutto sia onorato, avente ad oggetto un debito dell'usufruttuario al fine di rimettere il suo debito). Negli altri casi si presume che la disposizione sia stata fatta nell'interesse dello schiavo o del *dominus*.

Quale ne è la *ratio*? Labeone ritiene, forse, di poter attrarre l'istituzione d'erede o il legato, come per altro gli acquisti *ex traditione vel ex stipulatione vel ex mancipio*, negli acquisti *ex re fructuarii*, in quanto riconosce alla *res fructuarii* un significato non semplicemente patrimoniale, ma più ampiamente indicativo della sfera d'interessi coinvolta. Di qui l'importanza svolta dal *fructuarii gratia*, per individuarne l'ampiezza.

Dal punto di vista della nozione di frutto dello schiavo, la distinzione labeoniana non è rilevante e dimostra come in età augustea fosse già avvenuto lo sganciamento del contenuto dell'*uti frui* sullo schiavo dalla nozione di *fructus hominis*.

D. *La reinterpretazione ulpianea di un parere labeoniano attinente al contenuto dell'*uti frui *ne falsa il significato, forzandolo all'interno di una* ratio *ad esso estranea;* D.7,1,7,1

Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,1,7 pr.-1

Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. et aut rei soli aut rei mobilis usus fructus legatur.

1.*Rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt. unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et iure dominii possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usu fructu. hac ratione Labeo scribit nec aedificium licere domino te invito altius tollere, sicut nec areae usu fructu legato potest in area aedificium poni: quam sententiam puto veram.*

Il discorso ulpianeo, nel libro diciassettesimo del suo commentario *ad Sabinum* in materia di usufrutto, esordisce con il testo di Sabino in base al quale spetta all'usufruttuario tutto il *fructus* della cosa, si tratti di un immobile, o di cosa mobile.

Nel § 1, così come in D.7,1,9 pr., si approfondisce questa regola rispetto

ad immobili[46]. Si è concordi solitamente nel ritenere sabiniana tutta la frase *rei soli-aedium sunt*. Il commento di Ulpiano inizierebbe da *unde etiam*[47]. Ritengo al contrario che Sabino avesse semplicemente scritto: *rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet*. La precisazione fatta con la frase *quaeque obventiones-sunt* tradisce una integrazione di Ulpiano. Con essa si vuole chiarire che nel *reditus aedium* spettante all'usufruttuario rientrano anche tutti i 'proventi' derivanti dagli edifici, dall'area o comunque da parti delle *aedes*[48]. Quest'ultime si intendono come *universitas* (vd. Iav. 9 *epist.* D.41,3,23 pr. *i.f.*: *cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum...*; il *solum* come *pars aedium* è in Cels. *18 digestorum* D.6,1,49)[49]. La precisazione, inutile rispetto all'economia del discorso di Sabino, si chiarisce invece tenendo conto della seconda ipotesi che Ulpiano ascrive nella regola, quella dell'usufrutto dell'*aedificium*. Infine, *obventio* è termine che ricorre solo in Ulpiano[50].

L'approfondimento della regola menzionata e della supposta integrazione è realizzato attraverso due pareri emersi da tempo nella *iurisprudentia*: uno anonimo (*placuit*), probabilmente risalente a Sabino, l'altro di Labeone. Entrambi, da leggere, secondo Ulpiano, come interni alla regola dell'*omnis fructus rei* che spetta all'usufruttuario. In questa logica si concretizzerebbe il *quicumque reditus aedium ad usufructuarium pertinet*[51], sebbene per il pa-

[46] O. LENEL, *Das Sabinussystem* cit., p. 41 [ID., in *Gesammelte Schriften* cit., II, p. 41], in base ad una annotazione fugace, sembra considerare contenute nel *Sabinussystem* soltanto le ipotesi di *fundus* e *servus*. Se con ciò il grande maestro tedesco volesse escludere l'ipotesi delle *aedes* dall'originario contesto dei *tres libri iuris civilis* rimane dubbio. In ogni caso, la presenza del *reditus aedium* come concretizzazione del *fructus rei* in età post-labeoniana non pone di per sé problemi.

[47] Vd. F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 34 [= p. 74]; e ora R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., pp. 207-208; G. NEGRI, *Il diritto minerario romano* cit., I, p. 206.

[48] G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., I, p. 206.

[49] Sul rapporto *aedes - aedificium* nel passo, vd. J. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in ZSS. 88 (1971) R. A., p. 151; J. L. MURGA, *Sobre una nueva calificación del* 'aedificium' *por obra de la legislación urbanística imperial*, in *Iura* 26 (1975), p. 43 e n. 6.

[50] Contro l'itp. di *obventiones* proposta dal BESELER, *Beiträge zur Kritik*. VI, in ZSS. 66 (1948), R. A., p. 337, prova l'uso di csso, spesso legato a *reditus,* in Ulpiano: Ulp. D. 14, 1, 1, 15: *exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt...*; Ulp. D. 22, 1, 34; D. 27, 9, 5, 9 su questi due ultimi passi vd. *infra* pp. 299 ss. Di «Einkünfte aus dem Ertrag einer Sache, insbes. durch Vermieten» parlano HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., p. 385.

[51] Sulle potenzialità che l'apertura concettuale insita nel passaggio da *fructus* a *reditus* implica, vd. G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 206 ss. e , sebbene in rapporto soprat-

rere di Labeone sia indispensabile l'integrazione fatta rispetto all'ascrivibilità delle *obventiones ex aedificiis, ex areis et ceteris* nel *reditus aedium*.

Il parere di Sabino è coerente alla prospettiva del *reditus ex aedibus*[52], e sancisce la spettanza all'usufruttuario della casa del vicino, acquisita in seguito ad una *missio in possessionem damni infecti causa*. La si valuta un 'reddito' derivante dalle *aedes* in usufrutto, sebbene essa entri nel patrimonio dell'usufruttuario in base all'ordine pretorio d'immissione nel possesso del bene pericolante. Infatti, il vicino che perseveri nel non offrire la *cautio* per il danno temuto, subirà *ex secundo decreto* l'immissione nel possesso della casa, la quale entra, in termini di *in bonis habere*, nel patrimonio dell'usufruttuario, e, col decorso del tempo dovuto per l'usucapione, viene da lui acquistata in proprietà[53].

Si è all'interno di un significato di *fructus* lontano dalla concezione naturalistica dei giuristi repubblicani, teso dinamicamente a contenere anche i *reditus* occasionali derivanti dalla cosa che per natura sia infruttifera[54]. Per capire la ragione che porta ad inserire la soluzione anonima nel principio, bisogna, infatti, accentuare il *nec quicquam amittere finito usu fructu*. Questo inciso sottende una precisa configurazione giuridica dei beni acquistati dall'usufruttuario a causa della *missio in possessionem damni infecti causa*. La casa confinante, cioè, non accede alla proprietà di quella in usufrutto,

tutto alla *venatio* e alla *silva caedua*, G. POLARA, *Le* venationes cit., p. 205; su cui L. AMIRANTE, Rc., in *Iura* 34 (1983), pp. 255-262.

[52] Il *placuit* ulpianeo, se non è probante per la sicura imputazione a Sabino di questo responso, in quanto esso richiama genericamente una soluzione sulla quale convergevano diversi giuristi, lo è per un parere comunque emerso nella giurisprudenza preclassica; vd. ad es. D. 9, 2, 27, 21 Ulp. *18 ad ed.*: *... quod et antiquis placuit*; D. 19, 2, 19, Ulp. *32 ad ed.*: *... et ita Servio Labeoni Sabino placuit*; vd. comunque D. 33, 8, 8, 3 Ulp. *25 ad Sab.* : *quod Sabino placuit*.

[53] È questo il senso del *iure dominii possessurum*, in quanto la *possessio* dell'edificio minacciante è dopo la seconda *missio in possessionem* situazione giuridica tutelata in termini di *in bonis habere*, situazione destinata a divenire *ius dominii*. Fondamentali sul significato dell'espressione '*dominii iure possidere*', anche in relazione a D. 7, 1, 7, 1, A. BURDESE, Lex commissoria *e* ius vendendi *nella* fiducia *e nel* pignus, Torino (s. d.), p. 208; C. A. CANNATA, Possessio possessor possidere *nelle fonti giuridiche del basso impero romano*, Milano (1962), pp. 101 ss. Ritengono spurio il richiamo diretto al *dominium*, V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in AG. 81 (1908), p. 427 n. 1; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 418 e n. 7; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova (1937), p. 425 n. 2. Più prudente, invece, G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 258 che parla di «un movimento che parte dal diritto classico».

[54] Vd. per ora G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 174, da coordinare con p. 433.

per effetto della *missio ex secundo decreto*, ma è invece contata *in fructu*. Il che significa che terminato l'usufrutto, essa non spetterà al *dominus aedium*, ma all'usufruttuario o ai suoi eredi che non dovranno restituire né i proventi percepiti dall'esercizio dell'*uti frui* sulla casa del vicino (ad esempio i canoni locativi percepiti dai terzi), né la casa stessa che viene considerata a sua volta un reddito derivante dall'usufrutto sulla casa minacciata[55]. Ciò è coerente con la responsabilità dell'usufruttuario verso il proprietario, qualora la cosa in usufrutto subisca dei danni anche prodotti da terzi.

Sabino, quindi, opera con una concezione di *fructus* sganciata dall'elemento della periodicità e tesa a ricomprendervi qualsiasi reddito occasionale percepito da cose infrugifere per natura. Nel caso specifico, il *reditus ex aedibus* si è concretizzato nell'acquisto di altre *aedes* (del vicino), in base alla legittimazione alla *cautio damni infecti* e alla eventuale *missio in possessionem* conseguente[56]. Una tale concezione è coerente con le altre testimonianze che risalgono al fondatore della *secta iuris* (*infra* pp. 201 ss.).

Problematica diviene invece la supposta identità di *ratio*[57] che Ulpiano sembrerebbe individuare tra questa ipotesi e la *sententia Labeonis* che si tro-

[55] Lo aveva già colto R. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht* cit., p. 28. Esattamente, ora, G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 207-208.

[56] Il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 133 n. 1, individua una zona non coincidente tra tutto ciò che spetta all'usufruttuario e le cose che rientrano nella nozione giuridica di *fructus*. La precisazione è preziosa proprio riguardo, come vedremo, alla maggior forza espansiva dell'*ad fructuarium pertinet* rispetto all'*in fructu esse*. Ciò non toglie, però, che in una prima fase l'*in fructu esse* sia stato lo strumento per delimitare ciò che spetta all'usufruttuario. Proprio l'età labeoniana, con la costruzione di un concetto di «frutto» diverso da quello dell'età repubblicana, è momento delicato del passaggio tra le due costruzioni per delimitare ciò che spetta all'usufruttuario, che in età successiva si emancipa dalla nozione di «frutto». Per il Grosso paradigmatici, a riguardo, sarebbero sia l'acquisto di cose da parte dell'usufruttuario come espressione di *uti* (ad es. la legna tagliata dagli alberi divelti D. 7, 1, 12 pr., su cui *supra* pp. 138 ss.), sia gli acquisti dello schiavo in usufrutto *ex re fructuarii*. A queste ipotesi egli aggiunge proprio quella di D. 7, 1, 7, 1: qui prevarrebbe «la posizione mediata e il valore di sanzione». A mio avviso, rispetto a D. 7, 1, 7, 1, i giuristi sottintesi dal *placuit* operano in base ad un ampio concetto di *fructus aedium* nel quale si ascrive ogni *reditus ex aedibus*, ed in particolare anche la casa minacciata in conseguenza della *missio in possessionem ex secundo decreto*. Il «valore di sanzione» del comportamento del vicino avrebbe, infatti, un senso rispetto alla salvaguardia della cosa in usufrutto (le *aedes* minacciate), ma come tale non legittimerebbe l'acquisto della casa del vicino da parte dell'usufruttuario piuttosto che al nudo proprietario.

[57] L'«unsinnig» dell'*hac ratione* proposto dal BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 20 è condizionato dalla difficoltà di vedere il reale rapporto tra i due responsi. Per il NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 208-209 l'*h. r.* sarebbe di Labeone in rapporto a Trebazio.

vava in uno dei libri scritti dal giurista augusteo. Labeone aveva affermato che al *dominus* non è lecito sopraelevare l'edificio in usufrutto *invito fructuario*, così come non ha il diritto di costruire un edificio sull'area oggetto di usufrutto[58]. Che la citazione sia precisa è confortato dal *quam sententiam puto veram* e dal fatto che nel libro successivo del commentario *ad Sabinum*, ricordando un parere di Nerva sul divieto dell'usufruttuario delle *aedes* di *altius tollere*[59], Ulpiano menzioni nuovamente il parere labeoniano (*quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit*; Ulp. *18 ad Sab.* D.7,1,13,7 i.f.).

L'usufruttuario può, quindi, impedire (con un'*actio in rem* con *intentio negativa*; Gai. IV,3)[60] al proprietario di sopraelevare l'edificio in usufrutto.

[58] Il NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 208-209, intende, invece, il *nec aedificium licere domino invito te altius tollere* come impossibilità del proprietario di «sopraelevare l'edificio vicino alle case usufruttuarie in modo che queste vengano oscurate, per non rendere peggiore la condizione dell'usufruttuario» (p. 208). Ciò, però, a mio avviso implicherebbe imprecisioni o lacune nella citazione fatta da Ulpiano del pensiero di Labeone (di cui ricorre la tipica costruzione in seconda persona) che contrappone il *dominus* e il *fructuarius*. A conferma del fatto che qui Labeone intende un *altius tollere* dell'*aedificium* in usufrutto sta sia l'analogia col caso dell'*aedificare in area* (per il NEGRI, *op. ult. cit.*, p. 209, invece, esempio caratterizzato dalla «singolarità del caso»), sia Ulp. *18 ad Sab.* D. 7, 1, 13, 7 *i. f.*, dove si richiama il responso labeoniano di D. 7, 1, 7, 1 insieme al divieto per l'usufruttuario di *aedificium altius tollere*.

[59] Si tratta di una concretizzazione del limite della *condicio rei*, vd. ampiamente, M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 131-133.

[60] La BIGNARDI, *Actio, interdictum, arbores* cit., pp. 480-481, ha ritenuto D. 7, 1, 7, 1 una ulteriore prova della legittimazione attiva del titolare di un diritto reale limitato ad esperire un'*actio negatoria*. Ciò dimostrerebbe per l'età preulpianea un significato più largo di questa azione, non limitata alla negazione da parte del proprietario di un diritto reale limitato sulla cosa propria. A mio avviso, se da un lato è sicuramente proficuo verificare storicamente il significato della formulazione *actio negatoria* nelle fonti, d'altro lato rileggere tutte le azioni *in rem* con *intentio negativa* (Gai. IV, 3), come appunto quella citata in D. 7, 1, 7, 1, come sicura attestazione di una loro qualifica in termini di azione negatoria può celare un imprestito. La qualifica *negatoria* nelle fonti è usata in relazione ad *actio* nel significato di azione esercitata dal *dominus proprietatis* al fine di negare un diritto d'usufrutto o una servitù sul bene in proprietà (Ulp. *17 ad ed.* D. 7, 6, 5, 6: *... proprietatis domino, si negatoria actione utatur*; Ulp. *17 ad ed.* D. 8, 5, 2 pr. : . . *[actio] . negatoria domino qui negat*; Ulp. *17 ad ed.* D. 8, 5, 4, 2: sul testo vd. *infra* pp. 169 ss.). Quella di *negativa* ricorre nelle fonti sempre in relazione ad *actio*. Una volta in Gai. IV, 3 in relazione all'*intentio negativa* delle *actiones in rem* ivi ricordate (*vindicatio rei, vindicatio ususfructus, vindicatio servitutis*); sul punto la BIGNARDI, *op. ult. cit.*, p. 483 accentua giustamente la non limitazione delle azioni alle ultime due; un'altra in I. 4, 6, 2 approfondendo lo spunto delle Istituzioni di Gaio (*... istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae*); l'ultima, da un frammento di Ulpiano (*17 ad ed.* D. 7, 6, 5 pr.), dove è significativo l'uso di *actio negativa* e non *negatoria*, in un contesto strettamente connesso all'*intentio* (*'uti frui ius sibi esse' solus potest intendere, qui habet usum fructum...)*. È evidente, quindi, che la più ampia

Un tale divieto riposerebbe sulla stessa regola secondo cui al proprietario si fa divieto di costruire sull'*area* in usufrutto. L'ipotesi dell'*area* rende più evidente la ragione del divieto, quella di impedire comportamenti del proprietario che, modificando (eventualmente anche *in melius*) la cosa in usufrutto, siano considerati come lesioni dell'*uti frui*. Ciò è evidente rispetto all'*area*, ma lo si può riscontrare anche nel caso della sopraelevazione dell'edificio.

Il responso labeoniano non è, quindi, costruito su un collegamento con l'acquisto, pur solo occasionale, di cose corporali nell'esercizio del diritto d'usufrutto, come nella prima ipotesi, ma sul rispetto assoluto del godimento dell'immobile come dato in usufrutto. Si fa riferimento all'interesse dell'usufruttuario al godimento della cosa nello stato in cui è data al momento di costituzione del *ius in re aliena,* e lo si considera leso dalla sopraelevazione dell'edificio o dalla costruzione sull'area. Questa lesione è riconosciuta in quanto tale, e non soltanto quando incida su usi del bene in usufrutto che producano reddito (locazione dell'edificio o dei *caenacula* dei piani più alti; cave di materiali da estrazione aperte nell'*area*), ma anche quando incida su utilità non patrimoniali dello stesso (godere di luce o di vista panoramica dall'edificio; passeggiare sull'*area*). Non c'è, quindi, un legame con la *ratio* del parere di Sabino.

Probabilmente l'*hac ratione* di Ulpiano, più che relativo ad una rilettura del parere labeoniano in termini di spettanza all'usufruttuario di *quicumque reditus aedium*[61], potrebbe voler indicare una sua coerenza con la nozione ampia dell'*omnis fructus rei,* nel senso di qualsiasi utilità anche incorporale che l'usufruttuario può trarre dalla cosa in usufrutto. In conseguenza, anche comportamenti del proprietario che possano incidere su forme di godimento del bene in usufrutto che non si materializzino in un reddito per l'usufruttuario, ma su utilità soggettive, come il passeggiare nell'*area* o il godere di luce e del panorama dall'*aedificium*, verrebbero lette all'interno del suo diritto ad «ogni frutto della cosa».

legittimazione attiva che incontriamo nelle fonti classiche preulpianee rispetto ad azioni *in rem* con *intentio negativa* (in nessun caso per altro qualificate dai giuristi visti dalla stessa Bignardi esplicitamente in termini di *actio negatoria*), se da un lato è perfettamente coerente con quanto sappiamo dell'*actio negativa*, d'altro lato non può essere argomento per estendere automaticamente le stesse conclusioni all'*actio negatoria*.

[61] Accentua una concezione economica sottesa al responso, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, p. 80. Vd. altresì le precisazioni del GROSSO, *Usufrutto*² cit., p. 263, relative al significato del limite imposto al proprietario di *altius tollere* e di *in area aedificare*, come coerenti alla tutela in concreto del contenuto dell'usufrutto.

I due pareri, quello di Sabino (costruito su una nozione di frutto come ogni eventuale reddito della cosa) e quello di Labeone (costruito su una nozione di frutto come ogni utilità che la cosa dà all'uomo), non sono informati dalla medesima *ratio*, né quella supposta da Ulpiano sembra cogliere nel segno.

2. *La delimitazione in negativo del contenuto dell'uso e la nozione di frutto come fondata sugli usi economici*

A. *Concreta delimitazione del diritto dell'usuario in relazione ai frutti della cosa in uso in base all'esclusione del normale reddito della cosa secondo gli usi economici*

a. Limitata facoltà dell'usuario di lucrare una mercede dalla casa in uso (D.7,8,2,1 i.f.-4 pr.)

L'*usus* è per i Romani il diritto di godimento della cosa altrui che non implica di regola l'appropriazione del *fructus* (Gai. *7 ad ed.prov.* D.7,8,1,1: *nudus usus, id est sine fructu...*; Ulp. *17 ad Sab.*D.7,8,2 pr.: *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest..*;10,4: *si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat..*)[62].

[62] Paradigmatico è l'atteggiamento della Pandettistica, teso a mediare tra l'affermazione di principio (*usus sine fructu est*), fondata su una costruzione qualitativamente autonoma dell'uso dall'usufrutto, e la ricca casistica tramandata dal Digesto, nella quale emergono ipotesi di godimento lecito di alcuni frutti da parte dell'usuario, condizione della reinterpretazione in chiave puramente quantitativa della differenza tra i due diritti reali limitati; cfr. per tutti B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9] cit., I, § 207, pp. 1056 ss. [= *Diritto delle Pandette* cit., I. 2, § 207, pp. 267-270]; H. DERNBURG, *Pandekten*[5] cit., I, § 250, pp. 614-615 [= *Diritto delle pandette* cit., I. 2, pp. 350-352]. La scienza romanistica del '900 traduce le due concezioni in una contrapposizione storica, diritto classico (differenza qualitativa) - diritto giustinianeo (differenza quantitativa); vd. pur con diverse sfumature nei particolari, S. RICCOBONO, *Sull'*usus, in *Studi Scialoja* I, Milano (1905), pp. 579 ss.; ID., *Valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del* Corpus Iuris Civilis, in *Mélanges Fitting* II, in particolare pp. 482 ss.; M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo V. Il diritto dell'usuario al godimento dei frutti* cit., pp. 241 ss. propenso a cogliere una parziale classicità nell'uso dei prodotti e dei frutti naturali, in particolare quelli che non rappresenterebbero «la rendita del fondo che li produce» (p. 251); E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne*, in *Riv. Dir. Comm.* 20 (1922) I, pp. 686 ss. [= *Studi di diritto romano* V, pp. 301 ss.]; fortemente condizionato da una ricostruzione storica bipolare, è anche il lavoro di G. LONGO,

All'interno della ricca discussione giurisprudenziale sul contenuto del diritto d'uso, si incontrano nelle fonti una serie di responsi labeoniani significativi per ricostruire il rapporto tra la concreta fissazione dei limiti del contenuto dell'*uti* in relazione alla sua configurazione, in negativo, di *usus sine fructu*. Diviene quindi necessario verificare se tale connotazione in negativo del diritto d'uso possa dimostrarsi di qualche interesse per la nozione di frutto[63].

*Note minime sull'*usus, in *Ann. Fac. Giur. Genova* I (1962), pp. 207 ss. [= ID., *Ricerche romanistiche*, Milano (1966), pp. 501 ss.], sebbene non aggiunga nuovi argomenti alle tesi degli AA. citati. La linea dominante oggi è condizionata, invece, dalla valorizzazione della discussione e dei momenti di dissenso della giurisprudenza classica all'interno dei diversi oggetti del diritto d'uso; vd. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 113 ss.; G. GROSSO, *Valutazioni quantitative nel regime giustinianeo dell'*usus, in SDHI. 5 (1939), pp. 133-139; ID., *Usufrutto*[2] cit., pp. 430 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto* cit., pp. 715 ss.; A. WATSON, *The Law of Property* cit., pp. 219-221; G. WESENER, Usus *4) Gebrauchsrecht*, in PWRE. IX.A 1 (1961), coll. 1133-1137. Il tentativo fatto dal PAPA, *Uso di cosa infruttifera*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* II, pp. 684 ss. di superare l'alternativa 'concezione qualitativa'- 'concezione quantitativa', accentuando «l'originario carattere alimentare dell'istituto», non mi sembra aggiungere sul piano dogmatico una rilevante modifica, perché l'A. si muove comunque entro un significato tecnico di *usus*, e quindi a ben vedere opta, anche se inconsapevolmente, per la prima soluzione. Riesame approfondito che tiene conto della discussione giurisprudenziale e della concreta prospettiva dei giuristi romani dei problemi relativi all'*usus,* è l'indagine di N. SCAPINI, Usus domus *e* habitatio *nel diritto romano,* in *Studi Grosso* V, pp. 23 ss. Accentua giustamente la peculiarità del contenuto tipico dell'*usus* rispetto all'usufrutto, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 149 ss., in un lavoro teso a rimeditare criticamente il dogma del numero chiuso dei diritti reali. Da ultima, sebbene attraverso una semplice rilettura delle fonti, non impegnata ad affrontare i numerosi problemi filologici e dogmatici che esse pongono, vd. C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del* usus, *la* habitatio *y las* operae servorum, Univ. de Cádiz (1995), pp. 53 ss.

[63] Si è dimostrata evanescente la ricerca nelle fonti del presunto diritto reale tipico di *fructus sine usu* ipotizzato dal PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo VI.* Fructus sine usu, in RISG. 49 (1911), pp. 267 ss. Non è soddisfacente, allo stesso modo, un atteggiamento interpretativo che consideri interpolato ogni richiamo al *fructus sine usu*; vd. ad es. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 123 ss. Più convincente è il riesame della questione da parte del GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 87 ss., il quale accentua, coerentemente alla regola *fructus sine usu esse non potest,* un uso classico dell'espressione *fructus sine usu* nella valutazione concreta di ipotesi nelle quali è stato lasciato a Tizio l'usufrutto e a Caio l'uso sulla medesima cosa (vd. peraltro anche PH. MEYLAN, *Fructus sine usu et actus sine itinere*, in *Studi Albertoni* I [1935], in particolare pp. 114 ss.). Con l'espressione, quindi, si voleva esprimere la situazione giuridica dell'usufruttuario che concorra nel godimento con l'usuario, ed il cui *uti* è quindi compresso dall'esercizio dell'utilizzazione di quest'ultimo (vd. ad es. PS. 3, 6, 25; D. 7, 8, 14, 2; D. 7, 1, 42). Le eventuali alterazioni (G. GROSSO, *op. ult. cit.*, pp. 93 ss.) dei testi non colgono più questa concezione classica, accentuando invece una costruzione astratta, di matrice scolastica (vd. a riguardo anche le brevi precisazioni di G. CRIFÒ, *Lo schema dialettico* uti-frui *ed una congettura sul* fructus sine usu, in *Études Macqueron* [1970], pp. 209 ss.), tesa a vedere nell'*uti*

Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,8,2,1-4 pr.

Domus usus relictus est aut marito aut mulieri: si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. an et cum libertis, fuit quaestionis. et Celsus scripsit, et cum libertis: posse hospitem quoque recipere, nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat. sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum, et ait Labeo eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: idem et hospites et libertos suos.

ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum:...

Il trattato ulpianeo, nello sforzo di tracciare la tipicità dell'istituto, non ha dubbi nell'indicarla nell'esercizio di un *uti sine frui*. Ciò non toglie che, all'interno delle singole ipotesi (*de singulis* dice Ulpiano D.7,8,2 pr.), si debba concretamente precisare questo contenuto, in relazione alla ricca discussione preclassica e classica maturata sul punto.

L'uso della casa può essere lasciato al marito o alla moglie. La distinzione, che produce differenze nelle soluzioni dei *prudentes*, è conseguenza della natura personale del godimento espresso con l'uso, che involge necessariamente anche profili etico-sociali di *status*[64].

e nel *frui* facoltà distinte e separabili, che nell'usufrutto vengono a riunirsi; sul punto vd. altresì M. KASER, *Das römische Privatrecht*² cit., I, p. 450 n. 23. Ora, con ampio approfondimento, C. BEDUSCHI, Fructus sine usu esse non potest. *Contributo allo studio delle* regulae iuris, in *Studi parmensi* 36 (1984), pp. 33 ss. Da ultimo, molto cauto sulla autonoma validità di un diritto reale limitato di *fructus sine usu*, sebbene questa conclusione fosse maggiormente apprezzabile per la tematica propria della ricerca realizzata, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 160 ss. Estranea a questa problematica, per altro, ritengo la L. 14, 1 D. 7, 8, perché il *si forte usu fructu legato fructus adimatur, totum videri ademptum scribit [sc. Pomponius]: sed si fructus sine usu, usum videri constitutum, qui et ab initio constitui potest*, non significa il riconoscimento di un legato di *fructus sine usu*. In realtà, Pomponio tratta dell'*ademptio legati* relativa ad un preesistente legato d'usufrutto. Se l'*ademptio* ha per contenuto il *fructus*, allora si intende revocato l'intero legato d'usufrutto (*fructus=usus fructus*). Se al contrario nell'*ademptio* dell'originario legato d'usufrutto il disponente specifichi che vuole revocare il *fructus sine usu,* allora per il giurista la revoca va intesa come costituzione di un diritto d'uso, risultato questo che il disponente poteva raggiungere fin dall'inizio con un legato d'uso; vd. ora la precisa messa a punto del BEDUSCHI, *op. ult. cit.*, pp. 40 ss.

[64] Fondamentale a riguardo N. SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 34 ed in relazione alle peculiarità del diritto d'uso lasciato alla moglie, pp. 49 ss.

La questione centrale che il passo di Ulpiano tratta è quella dell'estensione del diritto di *habitare* la *domus* come diritto contenuto nell'esercizio dell'*uti* della stessa[65]. Se l'uso della casa è disposto a favore del marito, egli vi può abitare non da solo, ma insieme alla *familia proprio iure*, cioè alle persone soggette alla sua *potestas*[66]. Da ciò sorse la *quaestio*, probabilmente collegata al significato ampio del termine *familia*, se il *maritus* vi potesse abitare coi liberti, dati anche gli obblighi di sussistenza che implica il rapporto di patronato[67].

Celso, nel suo libro ottavo dei *Digesta*, riteneva contenuto nell'*habitare* dell'usuario anche l'*habitare cum libertis*, aggiungendo la possibilità di ricevere ospiti, sentenza questa che aveva già formulato Quinto Elio Tuberone, allievo di Ofilio[68].

A questo punto Ulpiano afferma di ricordare che nei *libri posteriores* di Labeone[69] era riconosciuta la facoltà dell'usuario di *inquilinum recipere* nella

[65] Concezione propriamente classica, mentre nel diritto giustinianeo (C. 3, 33, 13 *Imp. Iustinianus*) l'*habitare* acquisisce rispetto all' *uti* e all'*uti frui* una sua autonoma tipicità come diritto su cosa altrui; vd. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 117 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 494 ss.; N. SCAPINI, *Usus domus* cit., pp. 68 ss. Il GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 158-160 propende ora per una progressiva tipizzazione della *habitatio* dall'*usus*, processo interpretativo già iniziato con Labeone. Di recente vd. anche C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del* usus cit., pp. 96-97.

[66] Così, in base a I. 2, 5, 2, N. SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 36; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 77.

[67] Sul punto con ampi approfondimenti, N. SCAPINI, *Usus domus* cit., pp. 37-38.

[68] Per lo SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 38 n. 34, l'*et Tubero probat* proverebbe l'esistenza di altro giurista, tardorepubblicano, al quale Tuberone aderiva. Data la versione attuale, tratta da un frammento dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano nella copia derivante probabilmente da una *editio* della *repetita praelectio* dell'opera classica (vd. *supra* p. 139 n. 17) è possibile che qui Ulpiano avesse un discorso più complesso, coerente alle discussioni sorte sul punto di cui peraltro è un ulteriore indizio il *vix receptum videtur* di I. 2, 5, 2. Si può, però, anche pensare ad una spiegazione legata alla lettura ed all'approfondimento delle opere di Tuberone da parte di Celso, che qui proponeva l'*hospitem recipere* fondandosi sul *probare* del giurista più antico; vd. su questa precisazione F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* cit., p. 122.

[69] Per la KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* l. posteriores cit., p. 29 e n. 29, sarebbe questa la prova per un uso diretto ancora nell'età severiana dell'edizione originale dei *posteriores* di Labeone. Il punto non è sicuro. Proprio il *memini tractatum libro posteriorum* (che avrebbe, invece, per lo SCIALOJA, nell'edizione milanese dei *Digesta*, originariamente contenuto il numero del libro), dimostra un ricordo non puntuale dell'edizione non epitomata dei *posteriores*, quasi la reminiscenza di una notizia non più verificabile. Sappiamo che nei *libri ad edictum* Ulpiano utilizza ancora l'edizione non epitomata dei *posteriores* (Ulp. *11 ad ed.* D. 4, 3, 9, 3), ma rispetto ai *libri ad Sabinum* si riscontra una certa oscillazione. In astratto potrebbe utilizza-

domus, purché lui stesso vi coabitasse. Il criterio sarebbe valso anche per gli ospiti e i suoi liberti. In assenza, invece, di una sua coabitazione con l'inquilino, con gli ospiti o con i suoi liberti, tale facoltà non era riconosciuta.

Proculo, per altro, continua Ulpiano, avrebbe precisato che l'uso del concetto di 'inquilino' in Labeone, non esprimeva semplicemente colui che abita coll'usuario nella casa (non ascrivibile nelle categorie degli *hospites* o dei suoi liberti o della sua *familia*), ma il conduttore di una parte della casa. Ed infatti è ammesso che l'usuario percepisca una *pensio*, purché abiti egli contemporaneamente la *domus*.

Tralascio il resto della L.4 pr. che ai nostri fini è irrilevante[70], e ritengo si debba chiarire il significato dell'*habitare cum inquilino* in Labeone.

In dottrina è spesso prevalsa una linea interpretativa tesa a riconoscere una contraddizione insanabile tra il responso labeoniano, come è ora tramandato, e la regola dell'*uti sine frui*, ipotizzando variamente interventi e raccorciamenti postclassici o giustinianei che avrebbero snaturato l'essenza del responso[71].

A me sembra, però, che proprio la condizione fondamentale che Labeone pone alla soluzione affermativa, cioè l'*habitare cum inquilino,* chiarisca la qualificazione dell'ipotesi in termini di espressione legittima dell'*uti*.

L'*is qui ipse habitat* ed il *sine eo* esprimono la ragione essenziale che permette a Labeone di considerare l'accoglimento di un inquilino-pensionante nella casa in uso, un godimento che, pur realizzando un possibile reddito, viene considerato un esercizio lecito dell'*uti*. L'ipotesi è diversa dal caso della locazione dell'intera casa ad altri previo corrispettivo, perché esso sarebbe in stridente contrasto col carattere personale e diretto del godimento espresso dall'*usus*, tramutandosi in un *frui*[72]. L'accoglimento in casa dell'inquilino-pensionante quando l'usuario continui ad abitarvi, non impedisce il godimento personale e diretto della casa dello stesso.

La *ratio* è fondata su una concezione qualitativa dell'uso, che non è lesa dall'esercizio che risulti di fatto quantitativamente restrittivo degli spazi del godimento della casa, e indirettamente redditizio, purché questo godimento rimanga diretto e personale[73].

La cosa, per altro, doveva aver dato discussioni, tanto che Proculo deve precisare, riconfermando la tesi di Labeone, che per *inquilinus* non si intende semplicemente colui che abita coll'usuario, ma colui che vi abita pagando un canone[74].

re i *posteriorum libri XL* in 7 *ad Sab.* (D. 28, 5, 13, 5-7; D. 28, 5, 17 pr. -1; 17, 4), ma se si accetta di emendare *Aulus* in *Iavol.*, in D. 28, 5, 17, 5 allora si dovrebbe pensare all'epitome di Giavoleno, come è sicuramente attestato in *49 ad Sab.* (D. 18, 4, 2, 17: *et ait Labeo... cuius sententiam Iavolenus putat veram*). L'unico luogo che avallerebbe un uso diretto degli originali *posteriores* al tempo dei commentari *ad Sabinum* rimarrebbe, allora, la citazione in *22 ad Sab.* (D. 33, 9, 3, 2). Per un uso diretto delle opere di Labeone da parte di Ulpiano, vd. T. HONORÈ, *Ulpian*, Oxford (1982), pp. 211-214 che imputa ai giustinianei la soppressione dei libri e dei richiami più precisi, sebbene la verifica di questo A. si concentri presumibilmente, in base al numero di citazioni derivanti dall'*ad edictum* ulpianeo, soprattutto sull'uso dell'*ad edictum praetoris urbanis* del giurista augusteo. Lo SCHIAVONE, *Giuristi e nobili* cit., p. 161 ipotizza un uso diretto da parte di Ulpiano almeno delle «opere principali» di Labeone.

[70] E sulla quale si concentrano solitamente gli strali della critica. Per un riesame equilibrato di questa parte, ed in particolare sul *quid enim si tam spatiosae - sit* e la concezione che sottende, vd. G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 436-437; N. SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 42 e p. 44. Sul punto, di sfuggita, A. WATSON, *The Law of Property* cit., p. 220.

[71] Soprattutto S. RICCOBONO, *Sull'*usus cit., p. 584; M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo V.* cit., p. 247; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 436-437. A parte si situa l'ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* cit., pp. 613 ss. che imputa ad Ulpiano la modificazione di prospettiva. Vd. però le giuste osservazioni di N. SCAPINI, *Usus domus* cit., pp. 40-41.

[72] In questo caso verrebbe meno l'uso diretto e personale della casa. Le fonti a riguardo sono perfettamente coerenti nel segnalare la differenza in materia coll'usufrutto: *neque locabunt seorsum neque concedente habitationem sine se nec vendunt usum* Ulp. *17 ad Sab.* D. 7, 8, 8 pr.; *Res soli ut puta aedium, usufructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sint ex aedificiis, ex areis...* Ulp. *17 ad Sab.* D. 7, 1, 7, 1. L'eliminazione sistematica del *seorsum* e del *sine se* nel primo passo (vd. ad es. S. RICCOBONO, *Sull'*usus cit., pp. 584-585; M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo V.* cit., p. 247; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., p. 438 e 440) impedisce di cogliere la coerenza di queste precisazioni con il significato di *uti* e la continuità col pensiero labeoniano.

[73] La prospettiva di Labeone è 'positiva' (vd. G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., p. 430), mira cioè a precisare concretamente il contenuto dell'*uti* lavorando sul concetto, e non individuandolo negativamente sottraendovi ogni *fructus*. Sul punto si ricordano comunque discussioni classiche in C. 3, 33, 13. L'ipotesi del GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 157-158, che coglie una possibile concezione dell'*habitare* come *tertium genus* proprio nel responso labeoniano, mi sembra non completamente coerente con quanto lo stesso A. riconosce rispetto alla *ratio* che guida Labeone nei responsi in materia di *usus domus, usus fundi*, *usus gregis* e, aggiungo, *usus servi*. Ha ragione il FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 170 n. 149 ad accentuare, anche in questa ipotesi, la persistenza di un «uso personale».

[74] Non mi convince, a riguardo, l'interpretazione dello SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 40 che legge nella critica di Proculo un indizio della atecnicità dell'uso labeoniano di *inquilinus*. Sarebbe peraltro un caso «unico» nel Digesto; R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 170 n. 149. Il *non belle* avrebbe così necessariamente il significato di 'non giustamente'. La preoccupazione di Proculo, mi sembra, invece, quella di controbattere una rilettura del responso di Labeone tesa a diminuirne la forza d'impatto, proprio riconoscendo ad 'inquilino' un significato atecnico di coabitatore. Il *non belle* renderebbe allora un 'non bellamente,

In questo caso, quindi, si verifica la tenuta dell'*usus sine fructu* in relazione all'eventuale percezione di una mercede da parte dell'usuario per la concessione di una parte quantitativamente limitata dell'immobile, non considerata come tale incidente qualitativamente sull'uso diretto e personale dello stesso. L'usuario non travalica i limiti del suo diritto, in quanto pur percependo una pensione locativa continua a utilizzare direttamente e personalmente la casa. Questa prospettiva è adeguata ad una realtà nella quale le locazioni degli immobili urbani sono una normale fonte di reddito per i proprietari. La loro concessione in godimento esclusivo a terzi previo corrispettivo rappresenta la loro destinazione economica consueta. A fronte di una tale prassi economica, quella dell'usuario che ospiti temporaneamente un pensionante in una delle stanze della propria abitazione non rappresenta di certo l'appropriazione del normale *fructus domus*[75].

non con leggerezza'. Per un quadro delle modalità d'uso, sempre tecniche, di *inquilinus* in Labeone vd. ad es. *Coll.* 12, 7, 3, D. 19, 2, 19, 4; D. 19, 2, 58 pr.; D. 43, 16, 20, che al contrario, riguardo a rapporti che determinano un *habitare* senza dovere di corrispettivo, parla di *habitatores* (D. 19, 1, 53, 2; D. 19, 2, 28). Il *secundum haec-ei invidendum* probabilmente riassume uno svolgimento più ampio, sintetizzato comunque correttamente nella sostanza, sia per il significato del responso labeoniano, sia per quello della precisazione di Proculo. La conseguenza che si trae dalla precisazione di Proculo contraddice, poi, una lettura di essa in termini di contrapposizione col responso di Labeone, ipotizzando un'*interpretatio* in senso atecnico di questa; così invece V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 155-156. In realtà, l'*autem* non ha qui un valore necessariamente avversativo (spiegabile, per altro, come introduttivo della interpretazione 'autentica' del pensiero di Labeone da parte di Proculo, contro strumentalizzazioni in chiave d'uso atecnico del termine), ma potrebbe esprimere un tipo d'uso legato alla ripresa del lemma utilizzato dall'annotato (Labeone: *is, qui ipse habitat, inquilinum potest recipere*), da parte dell'annotatore (*inquilinum autem? non belle inquilinum dicit, qui cum eo habitet, quod, si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum...*), al fine di chiarirne i possibile fraintendimenti. Sull'uso attestato da Cicerone di *autem* all'interno della figura retorica dell'epanodo vd. J. B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München (1972²), p. 490. Un esempio forse in Proc. D. 50, 16, 122:... *ita simili figuratione verbum potest esse subdisiunctivum. subdisiunctivi autem...*

[75] Mi sembra adeguata la chiave di lettura proposta di recente dal FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 169 dei pareri dei *prudentes* in materia, come sensibili «alle caratteristiche economiche del bene».

b. Limitata facoltà dell'usuario di consumare frutti naturali del fondo per soddisfare i propri bisogni alimentari ed esclusione del normale reddito agricolo del fondo D.7,8,12,1

> Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,8,12,1
> *Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis <et sarmentis> etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit...*

Riguardo all'uso del fondo agricolo, che si concretizza essenzialmente in un *ius habitandi* (vd. per Labeone anche D.7,8,10,4), il punto chiave è quello del rapporto, potenzialmente confliggente, tra limiti d'uso dell'usuario e persistente destinazione alla produzione agricola del fondo. A riguardo si riconosce alla *familia rustica* (ma non *urbana*) del *dominus* la facoltà di entrare nel fondo *agri colendi causa* (D.7,8,10,4). In D.7,8,12,1, nella prospettiva delle facoltà dell'usuario, Ulpiano ricorda il *ius deambulandi*, cioè il diritto dell'usuario di passeggiare nei campi e il *ius gestandi*, cioè il diritto di compiere su di esso attività positive concludenti ai fini dell'esercizio del suo *usus*[76].

Proprio venendo a precisare questo *ius gestandi,* Ulpiano ricorda come Sabino e Cassio ammettessero da parte dell'usuario un uso quotidiano dell'orto, della frutta, degli ortaggi, dei fiori[77] e dell'acqua. Tale uso, peraltro, non doveva tramutarsi in *usus ad compendium*, in esercizio del godimento a fini di lucro, non doveva cioè tramutarsi in 'abuso'[78]. La

[76] Esattamente E. BUND, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht,* in ZSS. 73 (1956) R. A., p. 180 n. 107.

[77] Per un uso a fini estetici dei fiori pensa ora F. HORAK, *Ästhetische Probleme bei den römischen Juristen*, in *Iura* 38 (1987), p. 160, sebbene può anche pensarsi a scopi culinari e medici.

[78] Il significato di *abusus* come un 'uso non consentito' è qui chiaro dalla contrapposizione tra *usus cottidianus* e *usus ad compendium* e non mi sembra frutto di un intervento esterno, come pensa B. KÜBLER, *Exegetische und kritische Bemerkungen zu einigen Digestenstellen*, in ZSS. 59 (1939) R. A., p. 570. Il CRIFÒ, *Cic.* Top. *3. 17 e il quasi-usufrutto,* in RIDA. 24 (1977), p. 185; ID., *Studi sul quasi-usufrutto* cit., p. 247 e n. 40, condizionato dalla necessità di svalutare un

contrapposizione incarna una realtà economica nella quale la produzione agricola guarda essenzialmente al mercato e alla vendita dei prodotti, e non al semplice sostentamento di chi la lavora.

Anche Nerva condivideva la posizione di Sabino e Cassio, aggiungendovi l'uso lecito della paglia e delle sterpaglie, vietando, invece, l'*uti* rispetto alle foglie, all'olio, al frumento e agli altri cerali e legumi. Per Nerva, in sostanza, permettere l'utilizzazione di queste cose avrebbe significato un'appropriazione pur solo limitata del normale prodotto agricolo del fondo destinato al mercato esterno, e quindi sconfinamento nel *frui*[79].

significato di *abusus* in Cic. *Top.* 3, 17 (su cui vd. anche *supra* pp. 103-104 n. 72) in termini di consumazione, ritiene di cogliere un legame tra la L. 12, 1 e la L. 10, 4 D. 7, 8 Ulp. *17 ad Sab.*, dove appunto si ricorda come Labeone non riconoscesse l'uso delle *cellae vinariae et olearíae* al proprietario *invito* usuario, a conferma dell'interpretazione di questo A. del testo ciceroniano. A mio avviso non è possibile dedurre da D. 7, 8, 10, 4 conclusioni rilevanti per comprendere Cic. *Top.* 3. 17, in quanto, nel primo caso si tratta di fissare concretamente il contenuto dell'*uti* del fondo agricolo, che determina, come specificazione del divieto di abitazione del *dominus* sul fondo in uso, una esclusione del proprietario del fondo dall'uso delle celle vinarie ed olearie, senza il consenso dell'usuario; vd a riguardo le ragioni di tale esclusione in N. SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 66. In Cic. *Top.* 3. 17, invece, si vieta all'usufruttuario non l'uso delle celle vinarie ed olearie (così invece il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, pp. 142 ss.), ma l'appropriazione del contenuto di esse, cioè l'olio ed il vino, che realizzerebbe un 'abuso' in rapporto a cose consumabili in proprietà del *de cuius* e non rientranti nel *fructus* dell'usufruttuario (*non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et olearíis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est*). Se teniamo conto di D. 7, 1, 12 pr. in materia di legna da ardere da tagliare da alberi morti o sradicati o divelti, è piana la logica del testo di Cic. *Top.* 3. 17. L'uso dei prodotti contenuti nelle celle vinarie ed olearie lasciate piene dal *de cuius* al momento del lascito dell'usufrutto non sono viste, nell'ottica dell'usufrutto, *in fructu*, perché sono 'frutti' prodotti prima della costituzione del diritto a favore della moglie. Riguardo ad essi, quindi, esclusa per definizione l'acquisibilità al patrimonio della *uxor* come usufruttuaria, si può porre solo un problema d'uso. Questo, data la loro naturale consumabilità, al tempo di Cicerone si concretizzava forse in una utilizzazione delimitata al soddisfacimento di bisogni personali, col limite appunto dell''abuso'. La coerenza col responso labeoniano in materia di legna da ardere è chiara, in quanto nel caso di D. 7, 1, 12 pr. Labeone riconoscerebbe la possibilità di un uso di questi beni per il soddisfacimento di bisogni quotidiani di riscaldamento e cucina, uso che entro questi limiti non è considerato un abuso.

[79] Il PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo V.* cit., pp. 252-253 (che vede in Nerva l'espressione paradigmatica della concezione classica sul punto) individua il criterio distintivo che guida Nerva nella esclusione di questi prodotti del fondo dall'uso pur diretto a soddisfare i bisogni quotidiani dell'usuario, nella fondamentale importanza di questi prodotti in rapporto al reddito agricolo del fondo, prodotti diretti alla vendita e non prodotti "accessori" e "secondari" di esso. Vd. altresì le precisazioni del GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 446-447.

Al contrario, Sabino, Cassio, Labeone e Proculo riconoscevano la possibilità di un 'uso' di tutte le cose che nascono dal fondo, cioè per definizione tutti i frutti naturali di esso (vd. l'analoga enunciazione di Ulp. *17 ad Sab.* D.7,1,9 pr.: *quidquid in fundo nascitur ipsius fructus est*), purché tale uso fosse limitato ai bisogni alimentari e di vita dell'usuario e della famiglia che con lui abita nel fondo in uso[80].

Anche in questo caso si è ritenuto genuino essenzialmente ciò che era spiegabile in termini di coerenza con la regola *uti sine frui*, proponendo distinzioni legate al tipo di cose di cui si riconosce o di cui si nega l'uso[81].

Nel responso di Labeone, che Proculo, Sabino e Cassio seguono adesivamente, la modica quantità non è il presupposto ma la conseguenza del limite dell'uso delle foglie, dell'olio, del frumento e delle *fruges*. Questa utilizzazione del fondo, per essere tale, per non diventare un'appropriazione del consueto reddito agricolo del terreno (un *usus ad compendium*) deve soddisfare esclusivamente i bisogni quotidiani dell'usuario e dei suoi fa-

[80] *Victus* per Labeone contiene tutto ciò che è necessario per una vita dignitosa dell'uomo; D. 50, 16, 43; vd. sul punto F. WYCISK, 'Alimenta' *e* 'victus' *dans le droit romain classique*, in RHDFE. 50 (1972), p. 213 e p. 215.

[81] In particolare tale debolezza delle interpretazioni proposte dalla dottrina d'inizio secolo è evidente nella riconosciuta genuinità del primo responso di Sabino e Cassio, ma non del secondo, in base ad una presunta contraddizione col diritto classico; S. RICCOBONO, *Sull'*usus cit., pp. 590-596; ID., *Il valore delle collezioni* cit., pp. 482 ss. (dove dall'esame dello sch. di Stefano a B. 16, 8, 12 ritiene confermate le sue critiche); M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo* cit., pp. 252 ss., in particolare p. 259; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 448-450. Riguardo allo scolio di Stefano non mi sembra che esso si allontani significativamente dal testo del Digesto (in particolare, non è probante per l'interpolazione di questa parte la sostituzione all'elenco *Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus* del testo tramandato dai *Digesta,* il generico richiamo nello scolio di Stephanus come tramandato dall'*Apographum* Π ai Τινὲς μέντοι. μεθ' ὧν καὶ ὁ Σαβῖνος. τὸ πλέον φασί SCHELTEMA, BS. 1002, 34). Né tanto meno il *sumere* nel senso di apprensione materiale, può essere visto come l'indizio di un intervento giustinianeo, in quanto verbo strettamente connesso alle disposizioni attraverso legato *sinendi modo* dell'*uti frui*. Qui si tratta delle cose che si possono prendere dal fondo per i propri bisogni alimentari quotidiani come esercizio dell'*uti*. A ben vedere, invece, proprio la concreta determinazione dell'*uti* del fondo è la via per inquadrare il *ius controversum* esistente in materia nel vivo svolgersi del diritto romano. Il godimento limitato all'acquisizione di frutti del fondo per l'alimentazione quotidiana dell'usuario e dei suoi è concretizzazione dell'*usus cottidianus* sebbene rispetto a cose più direttamente collegate alla produzione agricola. Non precisa la portata degli «interventi autoritativi» che guidano l'interpolazione di D. 7, 8, 12, 1 il GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., p. 154. Vd., ora, per la genuinità del secondo parere, cogliendone correttamente la *ratio*, R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., pp. 270-271 n. 150.

miliari (un *usus cottidianus*), così da concretizzarsi in modiche quantità. L'esercizio del godimento del fondo, entro questi limiti, è per definizione esercizio di *usus*, espressione di un *uti* personale e diretto del fondo che, per Labeone, non si fa *frui*. Una tale angolatura riposa su una realtà economico-sociale nella quale la produzione agricola è orientata verso il mercato, destinata cioè alla vendita dei prodotti naturali. La facoltà dell'usuario di appropriarsi per le necessità quotidiane d'alimentazione di alcuni prodotti agricoli, non diviene una appropriazione del *fructus fundi,* non incide, cioè, in modo significativo sul normale reddito agricolo, e come tale può essere ascritta nell'*usus*. Nerva riflette una concezione più rigida, collegata a distinzioni fondate sul tipo di prodotto agricolo: quello che rappresenta il reddito principale del fondo è escluso dall'*uti*. Al contrario, invece, Labeone realizza una completa separazione dei prodotti naturali del fondo dalla nozione di frutto di esso in quanto normale reddito derivante dalla vendita di essi. Il *fructus-reditus fundi*, coerentemente ad un *usus ad compendium*, non si materializza nei prodotti naturali della terra, ma nel reddito economico derivante dalla vendita degli stessi al mercato esterno.

c. *Usus gregis,* il limite dell'utilizzo *ad stercorandum* dello stesso e l'esclusione da esso del normale reddito del gregge; D.7,8,12,2

> Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7,8,12,2
> *Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.*

In caso di legato d'uso di insiemi di animali (*pecus*), come ad es. di un gregge, Labeone riconosce l'esercizio del godimento dell'usuario come delimitato alla sola *stercoratio*. Il giurista augusteo precisa, infatti, che l'usuario non potrà usare della lana, degli agnelli e del latte, in quanto cose che *magis in fructu sunt*[82]. Ciò sembra evocare discussioni sul punto.

[82] Il discorso indiretto (*usurum... usurum... esse*) dimostra che anche l'*haec magis in fructu esse* dipende dal *Labeo ait*. *Contra*, ora, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., p. 158 n. 38.

Per Ulpiano, in una frase che risente forse di qualche correzione da parte dei compilatori, si dovrebbe ammettere un uso limitato del latte[83], in quanto, secondo una chiusa che ha dato problemi, non sarebbero da interpretare in modo rigido le volontà dei defunti[84].

Labeone modella l'*uti* del gregge attraverso l'esclusione del suo reddito tipico. Unica utilizzazione lecita del gregge sarebbe quella *ad stercorandum*[85],

[83] All'interno di un metodo storico teso a comprimere le posizioni differenziate delle fonti su due esclusivi binari, era fin troppo evidente la scelta di imputare questa seconda parte alla concezione 'quantitativa' dei giustinianci; vd. S. RICCOBONO, *Sull'*usus cit., p. 596; E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative* cit., p. 302 n. 1; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, p. 116. Propende ora per una interpolazione «poco felice» il GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., p. 158 n. 38, pur cogliendo l'incoerenza della chiusa di L. 12, 2 con I. 2, 5, 4. Già il PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo V.* cit., pp. 257-259 distingueva tra l'*hoc amplius-puto*, come applicazione del criterio oggettivo del «bisogno personale e familiare», e quindi espressione del pensiero di Ulpiano, e la conclusiva proposizione (*neque enim tam stricte*-fin.), aggiunta giustinianea per «attenuare la correzione di Ulpiano a Labeone» (p. 259). Per il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 459-460, infine, la cui interpretazione è da condividere, la logica coerenza con quanto Ulpiano aveva appena detto in L. 12, 1, impone di considerare genuina la precisazione relativa all'uso del latte. Il latte, infatti, è l'unico frutto del gregge suscettibile di un *usus cottidianum* dell'usuario e della sua famiglia. I compilatori avrebbero inserito il *modico*, non comprendendo più il criterio ulpianeo enunciato «in rapporto alla stretta aderenza colla vita pratica», reinterpretandolo alla luce di un criterio ermeneutico equitativo della volontà del disponente. Seguono il Grosso, N. SCAPINI, *Usus domus* cit., 31; C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del* usus cit., pp. 63-64.

[84] La critica interpolazionistica ha individuato nella frase *neque-defunctorum* un intervento dei compilatori coerente all'indirizzo da loro seguito di una interpretazione equitativa degli atti *mortis causa* coerente alla regola D. 50, 17, 12; vd. ad es. F. PRINGSHEIM, Jus aequum *und* jus strictum, in ZSS. 42 (1921), R. A., p. 660; S. RICCOBONO, *Interpretatio duplex*, in BIDR. 49-50 (1947), p. 9; G. BESELER, *Digestenkritik*, in BIDR. 53-54 (1948), p. 350. La frase, così come è legata al periodo precedente segna un salto significativo rispetto alla *ratio* della correzione di Ulpiano; vd. giustamente G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 459. Lo SCAPINI, *Usus domus* cit., p. 31, accentua genericamente l'«astrazione teorica» lontana dal «tipico operare della giurisprudenza romana». Se per altro si accetta la lettura del CERAMI, *Plena interpretatio*, in *Studi Sanfilippo* III (1983), pp. 107 ss., che non coglie un collegamento tra la *ratio* conclusiva della L. 12, 2 e D. 50, 17, 12 in quanto nella prima prevale «una prospettiva ermeneutica di ordine equitativo, e cioè ad una prospettiva che, valutando il contenuto volitivo della disposizione... alla luce delle correnti concezioni economico-sociali, tende ad assicurare all'usuario un trattamento più favorevole», potrebbe ipotizzarsi un discorso più ampio di Ulpiano nel quale venisse coordinato il limitato uso del latte, come espressione di un preciso significato di *uti*, con la *voluntas* del disponente.

[85] In dottrina è stato avanzato il dubbio che la *stercoratio* vada sicuramente esclusa dal *fructus gregis*; vd. di recente, seppure con una certa elasticità terminologica («prodotto», «*fructus*

cioè l'uso diretto a fertilizzare la terra che, come sappiamo da Sabino (D.33,7,8 pr. Ulp. *20 ad Sab.*), rientrava come *quid fructus quaerendi causa paratum* nell'*instrumentum fundi*[86].

La differenza con il responso in materia di fondo in uso, ed in particolare con l'*usus* delle cose che nascono nel fondo *ad victum sibi suique,* impone un'impostazione interpretativa tesa ad evitare generalizzazioni applicative di regole al di fuori del loro originario contesto. Probabilmente, a monte, c'è un modo di valutare l'*uti* di una cosa che attinge concretamente all'esperienza socio-economica[87], il che comporta la necessità di valutare più rigorosamente il godimento dei prodotti naturali del gregge che ne rappresentino il reddito fondamentale (latte, agnelli e lana), rispetto ad utilità di esso che di norma non travalicano mai l'uso quotidiano di concimazione delle proprie terre[88].

Di ciò, mi sembra un indizio anche l'assenza di una motivazione caratterizzata dall'assolutezza dell'argomento (*haec enim in fructu esse*), e costruita invece sulla sua forza persuasiva (*haec enim magis in fructu esse*), fondata proprio su prassi di utilizzo del gregge che ne confermavano la coerenza[89].

di modesto valore») V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., p. 157 (che ritiene interpolato l'*haec magis-esse*, p. 158 n. 38). Il punto è da approfondire. In teoria, applicando la concezione labeoniana di *fructus-reditus* non è impossibile pensare che il giurista augusteo, se interrogato sul punto specifico, avrebbe potuto considerare la *stercoratio gregis* come frutto (ad es. se valutata in termini di concime in vendita a terzi). Il *magis* potrebbe essere un indizio in questo senso. In questo modo, però, si rischia di utilizzare la testimonianza di Labeone in materia di *usus gregis* in modo scorretto, perché essa è tesa a fissare il contenuto dell' 'uso' del gregge e non dei suoi frutti. Certo l'attrazione dei *pecora stercorandi causa parata* nell'*instrumentum fundi* potrebbe confermare discussioni sul punto.

[86] Vd. ora M. A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'* instrumentum fundi *tra il I sec. a. C. e III sec. d. C.*, Napoli (1996), pp. 11 ss. e sul passo pp. 44 ss., dove si coglie il criterio sabiniano dell'inclusione di un bene nell'*instrumentum fundi* secondo «la concreta *utilitas* del bene... alle attività produttive» (p. 57).

[87] Per questa precisazione vd. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 462 ss. Tutto il contributo dello SCAPINI, *Usus domus* cit., pp. 25 ss. ne è guidato.

[88] Esattamente R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 171 n. 151. Quindi, se in astratto è vero che la *stercoratio* ben poteva essere venduta a terzi come utilità destinata alla maggiore produzione agraria (così ora V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 157-158), l'*uti ad stercorandum* del gregge è visto da Labeone fondamentalmente come uso per il concimamento delle proprie terre (di qui la sua attrazione nell'*instrumentum fundi* in Sabino; D. 33, 7, 8 pr.), non essendo consueto (Labeone forse direbbe non *ad usum hominis inductum*) l'utilizzo della *stercoratio* in termini di potenziale reddito in denaro del gregge.

[89] Labeone, quindi, non esprime qui la sua concezione dei *fructus gregis*, ma ricorrendo al sentire comune che vede in essi da epoca immemorabile la lana, il latte e gli agnelli (vd. a riguardo Cat., *De agri cult.* 150) come un reddito fondamentale del gregge, delimita con preci-

B. *Indiretta rilevanza della nozione di frutto nella concreta fissazione dell'*usus sine fructu *e importanza degli usi socio-economici nella determinazione del normale reddito di una cosa*

I frammenti esaminati in questo paragrafo dimostrano come alla concezione labeoniana dell'*uti* non sia adeguata una determinazione dei limiti di godimento di questo *ius in re aliena* in termini di esclusione dei prodotti naturali della cosa.

La linea di confine tra il diritto di *usus* e quello di *usus fructus* non sembra tracciata sottraendo al godimento espresso dal *ius utendi fruendi* ogni cosa che sia frutto in senso naturale, ma perseguendo una strada di individuazione in concreto del godimento personale e diretto di una cosa che si considera espressione esclusiva di *uti* in quanto non determina una incidenza significativa sul normale reddito economico della cosa in uso, sebbene realizzi l'acquisto eventuale di frutti. Tale godimento non smarrisce mai in Labeone la funzione di soddisfacimento dei bisogni quotidiani d'alimentazione e di vita dell'usuario e dei suoi familiari.

La regola secondo cui l'*usus* è per definizione un utilizzo *sine fructu* viene quindi da Labeone letta in chiave socio-economica, attingendo agli usi cittadini o agricoli, per verificare il limite di un *usus cottidianus* che giammai si tramuta in *usus ad compendium*. Sia nel caso dell'uso della *domus* (D.7,8,2,1 i.f.; 4 pr.), sia nel caso dell'uso del fondo (D.7,8,12,1) o del gregge (D.7,8,12,2), per determinare l'*usus sine fructu* il giurista non guarda all'eventuale appropriazione dei prodotti naturali della cosa o dei suoi redditi, ma ne verifica il rapporto col reddito principale della cosa secondo gli usi invalsi nella prassi socio-economica. Così le mercedi locative per i proprietari di immobili urbani; o la produzione agricola o l'allevamento, attività produttive destinate ai mercati cittadini.

3. *Estensione della nozione di frutto alle utilità soggettive nell'ambito del* restituere *processuale*

A. *Il* commodum petitoris *a che il convenuto non eserciti la servitù di passaggio contestata nelle more del processo computato nei* fructus *processuali oggetto di* restituere*: D.8,5,4,2*

sione il contenuto dell'*uti* visto essenzialmente nell'*usus ad stercorandum*, utilizzo cioè consueto per la concimazione delle proprie terre.

Ulp. *libro septimo decimo ad ed.* D.8,5,4,2

In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.

Nella *vindicatio servitutis*, contenente la clausula *neque ea res arbitrio iudicis A.oA.o restituetur*[90], vengono stimati anche i frutti. Ulpiano pone la domanda quali possano considerarsi i frutti di una servitù prediale. La questione ricorre già in Gaio (D.22,1,19 pr.-1 *supra* pp. 59 ss.) e sembra riflettere un iniziale contrasto tra sabiniani e proculiani.

La concezione che Ulpiano ritiene più vera, impone di calcolare nei frutti della *servitus* il possibile interesse dell'attore a che non gli sia proibito dal convenuto *dominus,* nelle more processuali, l'esercizio della servitù. Si può, in concreto, pensare al danno sofferto per l'impedimento opposto al passaggio del carro con le mercanzie; o, nel caso di *aquaeductus* controverso, la mancata irrigazione che danneggi irrimediabilmente il raccolto[91]. Lo stesso Labeone in Paul. *66 ad ed.* (D.43,21,2), in tema di legittimazione attiva dell'*interdictum de rivis*, parla espressamente di un *commodum domino soli auferre*, nel caso di riempimento di un *rivus apertus*, utilità che si concretizzerebbe nella possibilità per il *dominus* di abbeverare il *pecus* e di attingere acqua.

Il *verius* correlato al *demum* non evoca, a mio avviso, come al contrario il *vix* di Gaio in D.22,1,19,1, una diversa concezione più ampia, ritenuta 'meno vera' da Ulpiano, ma l'esclusività della nozione individuata di *fructus servitutis*[92].

[90] *Contra* O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 193 in particolare in base a Paul. D. 5, 3, 19 i. f.; vd., però, M. Kaser, Restituere *als Prozeßgegenstand*[2] cit., p. 18 e n. 3; D. Mantovani, *Le formule* cit., p. 36 n. 32.

[91] Cfr. per questo esempio D. 8, 5, 18 i. f. e M. Kaser, Restituere *als Prozeßgegenstand*[2] cit., p. 18. Altri esempi in A. Rodger, Actio confessoria *and* actio negatoria cit. p. 204.

[92] A differenza del *vix* in Gai. D. 22, 1, 19, 1 (su cui *supra* pp. 59 ss.) che lascia supporre una tesi negativa sull'esistenza del *fructus servitutis*, quella originaria seguita dalla scuola sabiniana; vd. Paul. *? ad Sab.* D. 33, 2, 1. Per l'accentuazione dell'*est verius* vd. G. E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 7, e più di recente D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 249.

L'indicazione dei frutti di una servitù prediale, per il calcolo di essi all'interno del *restituere* formulare, trova un precedente significativo in un responso labeoniano[93]. Ulpiano, infatti, ricorda che anche nell'*actio negatoria* Labeone calcola nei frutti l'interesse dell'attore-*dominus* a che l'avversario non eserciti la servitù di *iter* sul suo terreno nelle more processuali[94]. *Sententia* questa approvata da Pomponio[95].

Il passaggio linguistico dal caso specifico dell'*iter,* che Labeone aveva esaminato, al generale *servitus* riflette lo sforzo ulpianeo di generalizzare l'applicazione del principio ad ogni tipo di servitù[96].

[93] La logica concatenazione del ragionamento, *restituere- res et fructus- fructus servitutis- quanti interest,* è condizionata in D. 8, 5, 4, 2 dall'interpretazione della clausola arbitraria contenuta nella formula della *vindicatio servitutis* o dell'*actio negativa servitutis*. Per un ragionamento inverso (*condemnatio-quanti interest- fructus*), sostanzialmente imputabile allo stesso Labeone, in un'azione non arbitraria, vd. Paul. *5 ad Sab.* D. 18, 2, 14, 1 (*Sed si emptor alium non idoneum subiecit eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsecuta sit. sed verum est venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emptore, quanti sua intersit id non esse factum, per quam actionem et fructus, quos prior emptor perceperit et quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit, recipiet venditor. et ita Labeoni et Nervae placet).* Sul passo, relativo ad una *in diem addictio* pilotata dal primo compratore che ricorre ad un nuovo offerente insolvente al fine di liberarsi dall'impegno assunto, vd. D. Medicus, *Id quod interest* cit., pp. 179-181; H. Honsell, Quod interest *im* bonae fidei iudicium cit., pp. 117-118; F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien (1972), pp. 110-112 dove si richiama la precedente bibliografia. Di recente, W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn (1990), p. 161.

[94] Il *fundi sui* è stato considerato in netta contraddizione con la natura negatoria dell'azione, in quanto, coerente al genitivo d'appartenenza, non indicherebbe il fondo servente ma il fondo dominante (la servitù del fondo e non sul fondo); B. Biondi, Actio negativa *e* actio prohibitoria *come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *Annali Univ. di Messina*, 3 (1929), pp. 25 ss. [= *Scritti giuridici* II, Milano (1965), pp. 619 ss.]. Contro la lettura del Biondi, con argomenti solo formali, vd. W. W. Buckland, *The Protection of Servitudes in Roman Law*, in LQR. 46 (1930), p. 462; S. Solazzi, *La tutela e il possesso* cit., p. 8 n. 45. In realtà, il tenore letterale dell'affermazione dell'attore, sebbene sia traducibile in due modi, nella sostanza non contraddice la qualifica ulpianea di azione negatoria, in quanto con essa l'attore nega un *ius eundi* del convenuto. Che, infatti, il *fundi sui* renda impersonale un originario *fundi mei* (dell'attore che nega l'*iter* sul proprio fondo all'avversario) o un *fundi tui* (del convenuto, al quale si nega l'esistenza di un *iter* a favore di un suo fondo), non modifica la sostanza dell'affermazione (*rectius*: negazione) dell'attore, con la quale egli nega all'avversario l'esercizio dell'*iter* sul proprio fondo.

[95] Sull'importanza del commentario edittale di Pomponio per Ulpiano, anche rispetto al passo in esame, vd. S. Tafaro, *La* interpretatio *ai* verba 'quanti ea res est' *nella giurisprudenza romana*, Napoli (1980), p. 83.

[96] Così A. Rodger, Actio confessoria *and* actio negatoria cit., p. 203.

Il differente contenuto da riconoscere all'interesse dell'attore è perfettamente coerente alla prospettiva affermativa (*vindicatio servitutis*) o negativa (*actio negativa servitutis*) delle rispettive *formulae*[97].

Labeone considera frutto della servitù l'utilità soggettiva del *dominus fundi* a che l'avversario non eserciti la servitù di passaggio nelle more processuali. Nella stima del *quanti ea res erit* si sarebbero computati i frutti persi per aver dovuto destinare una porzione del fondo non alla coltivazione, ma al passaggio del convenuto. In sostanza, per la stima si verifica la incidenza spaziale del *ius eundi* -che il *dominus* nega- in rapporto alle concrete potenzialità produttive della striscia di terra coinvolta, indicando al giudice privato un criterio quantitativo collegato all'utilità soggettiva: quello dell'interesse del proprietario-attore a che il convenuto non eserciti sul fondo il diritto contestato (*quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium*)[98]. Così, ad es., nel *quanti interest/ commodum domini* labeoniano ben potrà trovarsi, a mio avviso, la diminuzione della mercede che egli patisce per il diminuito godimento del fondo da parte del terzo-locatario.

[97] *Vindicatio servitutis (iter actus via)*: C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET A.O A.O IUS ESSE PER FUNDUM QUO DE AGITUR IRE AGERE, NEQUE EA RES ARBITRIO C. AQUILII IUDICIS A.O A.O RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM C. AQUILIUS IUDEX N.M N.M A.O A.O CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO. *Actio negatoria servitutis (iter actus via)*: C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET N.O N.O IUS NON ESSE PER EUM FUNDUM QUO DE AGITUR IRE AGERE INVITO A.O A.O NEQUE EA RES ARBITRIO C. AQUILII IUDICIS A.O A.O RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM C. AQUILIUS IUDEX N.M N.M A.O A.O CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO. Vd. D. MANTOVANI, *Le formule*[2] cit., pp. 41-43 num. 8a e 9a.

[98] Già il BONFANTE ricordava il passo come esempio d'uso di *fructus* «per significare il reddito», conseguenza di una metafora e di un'astrazione; *Corso di diritto romano* cit., II, 1, pp. 189-190 e p. 190 n. 1; reinterpreta il *quanti interest* labeoniano alla luce del *commodum* di D. 8, 5, 6, 6; parlando di «Geldinteresse» il KASER, *Restituere*[2] cit., p. 18; vd. anche G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino [1969], p. 296. Sul rilievo però che *id quod interest* talvolta indica, come nel nostro passo, non «der ganze Inhalt der Kondemnationsumme», ma soltanto «ein einzelner Rechnungsposten oder einzelnes Bestimmungsprinzip»; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 249. Di «frutto in senso alquanto lato, come interesse dell'attore» parla A. METRO, *Fructus servitutis esse non potest?* cit., , pp. 106-107. Vd. altresì B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, rist. inalt 2° ed., Milano (1969), p. 354. Il SEIDL, *Labeos geistiges Profil*, in *Studi in onore Volterra*, I, p. 80, ritiene, al contrario, che non sia imputabile a Labeone questa idea del *fructus*, ma ad un giurista intermedio tra lui ed Ulpiano, senza però addurre argomenti.

A riguardo, va sottolineato che l'esercizio del *ius eundi* da parte del convenuto è indicato come *uti*[99], permettendo un calcolo del *fructus servitutis* anche in ipotesi nelle quali sia meno evidente l'incidenza della servitù su possibili redditi della cosa servente. Che non si eserciti la servitù di passaggio sul proprio fondo nelle more processuali è quindi un interesse del *dominus fundi* che se disatteso, verrà fatto oggetto di *restituere* (vuoi in termini di danno emergente che di lucro cessante). Già Labeone (Paul. D.43,21,2) e lo sviluppo interpretativo successivo espliciteranno questo interesse in termini di vantaggio-utilità (*commodum*; Gai. D.22,1,19,1; Ulp. D.8,5,6,6).

In questo caso, siamo di fronte ad una nozione di frutto indipendente dalla produzione naturale delle cose, ma fondata sull'utilità dell'uomo e sul suo rapporto con le cose entro possibili usi di esse.

B. *La concezione tradizionale delle* operae servi *come* fructus hominis *e* restituere *processuale dello schiavo rivendicato D.6,1,79*

> Lab. *l. sexto Pithanon a Paulo epitomatorum* D.6, 1, 79
> *Si hominem a me petieris et is post litem contestatam mortuus sit, fructus quoad is vixerit aestimari oportet.*
> *Paulus: Ita id verum esse puto, si non prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operae eius inutiles factae sunt: nam ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus eius temporis nomine aestimare conveniret.*

Siamo di fronte ad una proposizione condizionale che, nei limiti dell'ipotesi, riconosce la conseguenza come plausibile[100].

[99] Ciò chiarisce, a mio avviso, anche il senso dell'esercizio di *ire agere* come espressione del *ius utendi fruendi*. In base al *ius controversum* che le fonti tramandano in materia di legittimazione attiva dell'usufruttuario ad esercitare la *vindicatio servitutis* (Giuliano da una parte: D. 43, 25, 1, 4; D. 7, 6, 5, 1; Labeone, Nerva, Marcello ed Ulpiano dall'altra D. 7, 6, 1 pr.), si evince che Labeone riteneva l'usufruttuario tutelato nell'esercizio della servitù di passaggio a favore del fondo in usufrutto, non attraverso una sua autonoma legittimazione alla *vindicatio servitutis* (come riterrà poi Giuliano), ma con la stessa *vindicatio ususfructus*. La *ratio* del parere di Labeone, in questo caso, mi sembra riposi proprio sul fatto che l'impedimento opposto dal titolare del fondo servente all'esercizio dell'*ire agere* da parte dell'usufruttuario, significhi un diretto impedimento all'esercizio dell'*uti* incluso nell'*usus fructus* (... *verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei quasi non patiatur uti frui*; D. 7, 6, 1 pr. *i. f.*).

[100] Rispetto ai *Libri Pithanōn* di Labeone ed al loro rapporto con la logica proposizionale

Anche in questa testimonianza, come di regola nelle proposizioni labeoniane giunte ai compilatori nell'epitome di Paolo ai *Pithana*, la *ratio* è implicita nell'*auctoritas* del respondente[101]. Le ragioni che spingono il giurista

elaborata nelle scuole filosofiche antiche, alle considerazioni fondamentali del PERNICE, *Labeo* cit., A, pp. 35 ss. la moderna discussione ha apportato importanti contributi; vd. ad es. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2] cit., pp. 147 ss.; B. SCHMIDLIN, Horoi, pithana *und* regulae. *Zum Einfluss der Rethorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, in ANRW II 15, in particolare pp. 111 ss.; su cui le precisazioni critiche del TALAMANCA, *I* Pithana *di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* 26 (1975), pp. 1 sgg; *adde* S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana* cit., in *Iura* 30 (1979), in particolare pp. 58-62; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, Corso di lezioni*, Torino (1989), pp. 119-125. Attenta, da ultimo, alla funzione critica del commento di Paolo, W. FORMIGONI, Πιθανῶν a Paulo epitomatorum libri VIII. *Sulla funzione critica del commento del giurista* Iulius Paulus, Milano (1996), *passim*. Va detto che, allo stato attuale della discussione in materia, non è stata riconosciuta una dipendenza delle implicazioni raccolte da Labeone nei suoi *Pithana* dagli individuati tipi di implicazione elaborati nella discussione delle scuole filosofiche. A riguardo, la verifica non deve essere fatta, forse, con la logica proposizionale antica nella sua globalità, in quanto in essa il πίθανον non svolge che un ruolo marginale. Bisogna distinguere gli schemi logici della implicazione in generale (sempre: se *p*, allora *q*), dalla loro valutazione in termini di vero o falso. I due momenti, infatti, si intersecano nella elaborazione di una implicazione valida. Così abbiamo: l'uso dell'implicazione nel sillogismo ipotetico di Aristotele e Teofrasto (se *p*, allora *q*, se *q*, allora *r*; se quindi *p*, allora *r*; J. M. BOCHENSKI, *La logica formale dai presocratici a Leibniz*, trad. it., Torino [1972[3]], I, pp. 131-133; 143-144); le regole sulla validità dell'implicazione formulate da Diodoro Crono (se *p*, allora *q*, se e solo, per ogni istante *t*, non accade che *p* sia vera in *t* e *q* sia falsa in *t*; J. M. BOCHENSKI, *op. ult. cit.*, pp. 160-161); quelle formulate da Filone di Megara, dove l'implicazione è sempre logicamente vera, salvo quando la protasi sia vera in concreto e l'apodosi sia falsa in concreto (se è giorno, è notte; J. M. BOCHENSKI, *op. ult. cit.*, pp. 159-160); quella della regola stoica (probabilmente di Crisippo), che accentua sul piano dell'inferenza la distinzione verità logica - verità di fatto: «se *p*, allora *q*; ma (non) *p*, allora (non) *q*», e valuta non conclusivo il sillogismo ipotetico, quando il contrario dell'apodosi non è incompatibile con la protasi (es. «se è giorno, allora Dione passeggia»; dire «Dione non passeggia» non è incompatibile col fatto che sia giorno) (vd. J. M. BOCHENSKI, *op. ult. cit.*, pp. 170-171; 166-168). Da questo punto di vista, il tentativo di verificare l'eventuale ascrivibilità delle implicazioni raccolte da Labeone nei suoi *Pithana* negli schemi logici prefigurati dal pensiero filosofico non individua la prevalenza di uno schema rispetto ad un altro (valga per tutti la prudenza di M. BRETONE, *op. ult. cit.*, p. 166).

[101] E di qui la difficoltà di cogliere le linee di un ragionamento che non è facile da dipanare (vd. F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., pp. 71 ss.), sebbene esso dal punto di vista sostanziale possa trovare luce nella contestualizzazione del singolo responso o massima entro un quadro più generale dei responsi e delle massime del giurista in materia (così ora giustamente W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., p. 26). Verifica che presuppone una certa coerenza del *iurisperitus*, pur entro l'insondabile che sta dietro l'*auctoritas*. D'altronde sulla tendenza nelle altre opere di Labeone di esplicitare le *rationes decidendi* vd. P. STEIN, *Sabino contro Labeone*, in BIDR. 80 (1977), pp. 55 ss.

ad includere nella stima relativa all'inadempimento del *iussum de restituendo* i frutti dello schiavo finché questi sia in vita, rimangono celate dietro l'apoditticità dell'affermazione[102].

Riguardo alla fattispecie, presupporre una morte sicuramente fortuita, cioè non dovuta a dolo o colpa del possessore convenuto[103], inserisce un possibile imprestito rispetto al ragionamento che sottende la proposizione labeoniana[104].

La morte dello schiavo come limite massimo per il computo del *fructus servi,* senza che se ne specifichi la causa, deve, infatti, essere coordinata con la regola che applicano anche Trebazio e Proculo sulla responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di *rei vindicatio*[105]. Essa ne è il presupposto processuale in relazione al sicuro riconoscimento di un *restituere*. Che rapporto ha col limite dell'*aestimatio* dei *fructus servi* al *quoad <servus> vixerit*? Questo non sembra condizionato come tale dalla responsabilità del convenuto, che si dà per presupposta, ma dipende dalla necessità di delimitare

[102] Sul passo, approfondendone le questioni sostanziali, vd. soprattutto, M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZSS. 51 (1931) R. A., pp. 92 ss., in particolare pp. 117 sg.; ID., *Restituere*[2] cit., pp. 9-10; 49-50; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den* actiones in rem, in ZSS. 98 (1981) R. A., pp. 77 ss., in particolare p. 127 n. 193, p. 128 n. 197; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino (1971), pp. 20-21 n. 5; e più di recente A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., p. 141; M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien (1995), pp. 64-65 n. 296; 77-78; W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., pp. 126-127; R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 175.

[103] Così, M. KASER, *Besitz und Verschulden* cit., p. 118; ID., *Restituere*[2] cit., p. 9, 11, 49; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 127 n. 193 e p. 128 n. 197.

[104] Vd. a riguardo l'osservazione dello SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 20-21 n. 5: «se si può ritenere implicito, attraverso l'interpretazione complessiva dei pareri di Paolo, che per lui ci/ si riferisce al solo perimento per caso fortuito, si deve anche notare che la formulazione di Labeone non pone espressamente tale limite». Il WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., p. 78, non coglie la precisazione, pur attento a valorizzare le diverse posizioni giurisprudenziali in materia.

[105] La concezione più antica, difesa ancora da Proculo, riposerebbe per lo SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 24, su un «presupposto processuale» («il giudice non doveva accertare il possesso del convenuto al momento della condanna quale presupposto di essa» pp. 23-24). Una sua rilettura in chiave sostanziale, come espressione di una «responsabilità assoluta», avrebbe il rischio di reimmettere la concezione di Trebazio, Labeone e Proculo nel rapporto *condemnatio*-responsabilità, che è la prospettiva esclusiva nella quale la pongono i giuristi della scuola sabiniana. Non si sottrae a questo rischio, ora, M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., pp. 12 sgg; 58 ss.

l'entità dei frutti processuali ad un momento temporale diverso da quello della sentenza. Necessità che è legata alla morte dello schiavo controverso dopo la *litis contestatio* e prima della *sententia*. Può sorgere il dubbio che per Labeone ciò sia l'effetto soltanto di una considerazione equitativa della condanna legata alla natura del perimento dello schiavo, oppure che il giurista attinga ad una preesistente nozione di *fructus servi*[106].

La morte dello schiavo come termine *ad quem* per l'*aestimatio* dei frutti processuali oggetto di *restituere* nella rivendica del *servus* è coerente con la concezione più antica del *fructus hominis* come circoscritto alle sue *operae*, le sue giornate di lavoro[107]. Il convenuto soccombente, per Labeone, avrebbe dovuto restituire oltre al valore del *servus* morto dopo la *litis contestatio*, anche una somma equivalente alle sue giornate lavorative contate *post litem contestatam* fino al giorno della morte. Si tratta quindi di *fructus percipiendi* valutati in concerto, in relazione all'oggetto della controversia finchè esiste.

Paolo condivide il parere labeoniano, salvo inserire una ulteriore condizione nella protasi: che la malattia non renda impossibile il lavoro dello schiavo già prima della sua morte. L'apodosi di Labeone sarebbe vera soltanto con questa ulteriore precisazione[108]. Essa implica che anche Paolo[109]

[106] Un tentativo di spiegare il limite della morte dello schiavo in termini sostanziali e non processuali, cioè in relazione al significato di *fructus* e non semplicemente come conseguenza delle regole sottese alla responsabilità del convenuto viene fatto ora da W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., p. 127 e pp. 126-127 n. 73.

[107] Così A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., p. 137; M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., p. 78; W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., p. 127 n. 73.

[108] Questo è uno dei pochi passi escerpiti dai compilatori dall'epitome paolina ai *Pithana* di Labeone dove non appare nella nota di Paolo un termine avversativo; W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., p. 126 (gli altri due passi sarebbero D. 43, 16, 20 e D. 40, 7, 41). L'*ita id verum esse puto* di Paolo è significativo ed è indice della consapevole valutazione in termini di verità logica delle massime labeoniane. Ciò trova conferma nel tipo di precisazione. Al punto di vista sostanziale (bisogna tener conto che anche prima della morte lo schiavo potrebbe non essere più in grado di prestare *operae*; vd. M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., p. 78 che parla di «[hintereinandergeschaltete] Kombination beider Fälle»), si accompagna l'integrazione della proposizione condizionale in termini di seconda condizione negativa (se A [*si homo petitus post litem contestatam mortuus sit*], e se non B [*ne si vixisset in ea valetudine propter quam operae eius inutiles factae sunt*], allora C [*fructus quoad is vixerit aestimari oportet*]). Solo con questa integrazione della protasi, l'affermazione condizionata sarebbe 'vera'. Il GIARO, De ponte *oder* de monte? *Banalitäten in der römischen Jurisprudenz*, in *Labeo* 36 (1990), p. 200 n. 80 ipotizza peraltro che nel *vixerit* labeoniano fosse implicito l'«in voller Arbeitskraft». Ciò, sebbene sia indimostrabile per Labeone, potrebbe inserire la precisazione di Paolo all'interno di una riconsiderazione dell'implicazione labeoniana tesa a rafforzarne la coerenza.

[109] Non vi è contraddizione con D. 6, 1, 78 Lab. *4 Pith. a Paulo epit.*: <Labeo> *Si eius*

intenda contenuti nel *restituere* del possessore soccombente dello schiavo oggetto di *rei vindicatio* i *fructus percipiendi* che il possessore soccombente avrebbe potuto percepire dallo schiavo. Col giurista severiano, la delimitazione temporale utile alla quantificazione in astratto dei frutti da restituire non è più la morte, ma la effettiva capacità lavorativa dello schiavo, dandosi rilevanza alla eventuale *valetudo* che avrebbe reso comunque *inutiles* le *operae*.

4. *Prima apparizione di una nozione di frutto come risultato contabile del reddito netto escluse le spese D.17,1,10,9*

In alcuni frammenti tramandati nel Digesto si ricorda Labeone in rapporto alla compensazione tra frutti e spese necessarie per percepirli. Ciò impone una verifica, data la regola sabiniana contenuta in Paul. D.5,3,36,5: *fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt.*

Di essi il più significativo è:

> Ulp. *libro trigesimo primo ad edictum* D.17,1,10,9
> *Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere. et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet:...*

All'interno di un discorso, nel quale Ulpiano ritorna quasi insistentemente sul giurista augusteo[110], si precisa il contenuto dell'obbligazione di restituzione dei frutti percepiti dal procuratore nell'adempimento del mandato ricevuto.

fundi, quem alienum possideres fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus:... in quanto esso evoca, escludendola nell'ipotesi in questione, la possibilità di *condicere i fructus percepti* prima della lite (arg. ex *dare oportere*). Vd. A. PERNICE, *Labeo* cit., B, p. 164 e n. 43 che parla di *condictio ex iniusta causa*; cfr. anche R. SANTORO, *Studi sulla* condictio, in AUPA. 32 (1971), pp. 451 ss. Sul passo di recente W. FORMIGONI, Πιθανῶν cit., pp. 38-39, dove altra letteratura.

[110] Labeone è citato altre 5 volte nel libro trentunesimo *ad edictum* di Ulpiano (D. 17, 1, 8 pr. : *et Labeo putat...*; D. 17, 1, 8, 1: ... <*Labeo*> *ait...*;D. 17, 1, 10, 8: *et Labeo scribit... - inquit Labeo ...*; D. 17, 1, 10, 10: *idem ait...*; D. 19, 5, 19 pr. : *ut Labeo ait...*

Labeone, seguito da Ulpiano (*et verum est*), afferma che il *iudicium mandati* ammette le *reputationes*, cioè le eventuali deduzioni e contropretese di natura personale del convenuto rispetto alla pretesa dell'attore[111].

Da ciò si deduce che, attraverso l'*actio mandati*[112], come il mandatario-procuratore è costretto a restituire al mandante i frutti, così può dedurre da essi le spese (*sumptus*) erogate per produrli. La questione è relativa alla possibilità di valutare compensativamente, in termini di deduzione[113], le spese

[111] Sull'uso del termine con questo significato vd. D. 10, 2, 19; D. 19, 2, 8; D. 22, 1, 40; D. 25, 1, 1, 2; D. 27, 2, 2 pr.; D. 27, 4, 1, 4; D. 46, 3, 48. Vd. anche HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., p. 510; F. SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*, in ZSS. 34 (1913) R. A., pp. 100-101 (*reputare* = *deducere*); G. BESELER, *Beiträge zur Kritik VI.* cit., in ZSS. 66 (1948) R. A., p. 355 (*reputatio* = *compensatio*).

[112] È quello dell'esperibilità dell'azione di mandato nei confronti del procuratore questione che ha sollevato seri dubbi sulla genuinità del passo, all'interno però di una concezione preconcetta della provenienza giustinianea del richiamo a questa azione in materia, rispetto al presunto ricorso classico alla sola *actio negotiorum gestorum*; vd. ad es. F. SERRAO, *Il* procurator, Milano (1947), pp. 107 ss. ed in particolare p. 108, che sul punto è fortemente influenzato dalla tesi dell'ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *Studi Pavia* 6 (1921), pp. 87 ss. [= in *Studi di diritto romano III. Obbligazioni*, Milano (1936), pp. 495 ss.]. Sulla genuinità del richiamo al mandato, vd. già S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in RIL. 56 (1923), pp. 142 ss., in particolare p. 142 [= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli (1957), pp. 557 ss., in particolare p. 557]; ID., *Note di diritto romano II. Il* procurator ad litem *e la guerra al mandato*, in *Atti R. Acc. Sc. Mor. Pol. Napoli* 58 (1937), pp. 1 ss. [cito da *Scritti* cit., III, pp. 586 ss., in particolare p. 623 e n. 83]; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, (rist. anast. Corso 1948-1949), Napoli (1965), p. 166; J. MICHEL., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles (1962), pp. 190-192; P. ANGELINI, *Il* procurator, Milano (1971), pp. 110-111 sebbene questo A. sia convinto, erroneamente (vd. esattamente A. BURDESE, *Sul* procurator, in SDHI. 37 [1971], p. 322), che si tratti di un mandato generale; di recente, A. BÜRGE, Salarium *und ähnliche Leistungsentgelte beim* mandatum, in Mandatum *und Verwandtes* cit., p. 320. Sul rapporto tra procura e mandato, la discussione, pur avendo superato la netta contrapposizione prospettata dall'Albertario, è lungi dall'essere sopita, vd. ad es. oltre gli autori già citati, A. WATSON, *The Contract of Mandate*, Oxford (1961 rist Aalen 1984), pp. 36 ss.; R. QUADRATO, *Dal* procurator *al mandatario*, estratto da AUBA 18 (1963), pp. 3 ss., in particolare pp. 7-8; G. PROVERA, *Mandato (storia)*, ED. XXV (1975), pp. 311 ss. in particolare pp. 313-314; ed ora R. WITTMANN, *Die Prozeßformeln der* actio mandati, in Mandatum *und Verwandtes* cit., pp. 39 ss., in particolare pp. 42 ss.; R. MARTINI, *Il mandato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, pp. 637 ss., in particolare pp. 638-640.

[113] La distinzione tra l'*agere cum compensatione* dell'argentario (per reciproci debiti di *pecuniam dare*), e l'*agere cum deductione* del *bonorum emptor* (per prestazioni di qualsiasi genere: *quod invicem debere*) (Gai. IV, 64-65) non ha ragion d'essere nella compensazione fatta valere in un *iudicium bonae fidei,* dove il *iudex* è libero di condannare *in reliquum* il convenuto, tenuto conto di ciò che l'attore reciprocamente *ex eadem causa praestare oporteret* (Gai. IV, 61 e 63). Il *deducere* del passo indica che la compensazione ai fini dell'esatto ammontare della

erogate dal procuratore per i frutti oggetto della restituzione. La natura *bonae fidei* del *iudicium* rende possibile questa operazione *apud iudicem* anche quando non si sia inserita *in iure* alcuna *exceptio* nella *formula*[114].

Il fatto che qui si parli di *fructus restituere* e di *sumptum deducere*, depone per un responso dato proprio in relazione alla fase *apud iudicem*, nella precisazione concreta del *quidquid dare facere oportere ex fide bona* ai fini della *condemnatio* del mandatario. In particolare, se si considera labeoniana non solo l'infinitiva *reputationes/admittere*, ma anche la successiva frase fino a *deducere eum oportere*[115], mi sembra che non si permetta al procura-

condemnatio pecuniaria del mandatario avviene tra due prestazioni non omogenee (*fructus restituere* e *sumptum praestare*) nate *ex eadem causa*. Esattamente lo SCHWARZ, *Die Konträrklagen,* in ZSS. 71 (1954) R. A., p. 171 parla in questo caso di «Abrechnungsklage».

[114] Sulla necessità di una impostazione processuale per la comprensione della compensazione in età classica, ed in particolare sulla compensazione nei giudizi di buona fede vd. ad es. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in AUPA 12 (1929), pp. 161 ss.; 165 ss.; ID., Rc. a Rezzonico, in *Iura* (1959), pp. 308 ss. [=*Scritti* cit., III, pp. 283 ss.]; ID., *Compensazione*, in NNDI. 3 (1959), pp. 719 ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano,* Napoli (1950²), p. 2 e pp. 5 ss.; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel (1958), pp. 11 ss.; G. ASTUTI, *Compensazione (Premessa storica)*, in ED. VIII (1961), pp. 1 ss.; W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, in BIDR. 81 (1978), pp. 71 ss.

[115] È questo un punto discusso, data la contraddizione tra l'*admittere* della prima frase e l'*oportere* della seconda. Per il DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Recht*, Heidelberg (1868²; Neudruck Aalen 1965), p. 88 n. 1, Labeone avrebbe riconosciuto solo una «Zulässigkeit» del giudice, mentre Ulpiano un vero e proprio «Rechtspflicht». Per la paternità labeoniana solo della prima frase, A. BURDESE, *Sul* procurator cit., p. 322 che accentua il ricorrere dell'infinitiva. Di diverso avviso, l'UBBELOHDE, *Über den Satz* ipso iure compensatur, Göttingen (1858), p. 78; e più di recente, P. ANGELINI, *Il* 'procurator' cit., p. 111.

Dall'uso di *sumptus* non è possibile dedurre la paternità labeoniana o ulpianea di questa parte. Sebbene talvolta sembra scorgersi una certa coerenza linguistica, espressione di due usi (vd. ad es. Lab. *impendium*/ Ulp. *sumptus* in D. 10, 4, 11, 1; Lab. *impendere*/ Ulp. *sumptus* in D. 11, 7, 14, 3; Lab. *impendere*/ Ulp. *sumptus* in D. 19, 1, 13, 22), si rintracciano nelle fonti anche usi omogenei (Lab. *impensa*/ Ulp. *impensa* in D. 10, 3, 4, 3; Lab. *sumptus* in D. 19, 2, 60, 2). L'argomento del BURDESE, *op. ult. cit.,* relativo all'infinitiva, da cui bisognerebbe dedurre la limitazione della citazione alla prima frase, potrebbe essere superato se diamo valore alla citazione ulpianea di Labeone nel precedente paragrafo L. 10, 8, dove si passa da una proposizione indiretta (*et Labeo scribit restituere eum oportere...*) ad una proposizione diretta (*... quamvis si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati*). D'altronde nella seconda parte non riportata della L. 10, 9, Ulpiano interviene esplicitamente estendendo il significato del *deducere oportere* (*sed et si... puto*), all'ipotesi delle spese di viaggio ed al suo rapporto con il *salarium* (vd. a riguardo ora A. BÜRGE, Salarium *und ähnliche Leistungsentgelte* cit., pp. 319 ss., sul passo p. 320). Quello tra *admittere* e *oportere* non è un contrasto. Labeone prima afferma

tore soltanto di chiedere la *deductio*, ma al contrario gli si riconosca questa facoltà[116].

Ritengo questo significativo, in quanto compare per la prima volta una idea, non ancora esplicita, ma ricca di significato per gli sviluppi futuri, in base alla quale il frutto non si identifica più col prodotto della cosa-madre, ma col suo reddito-netto. Adeguata ad essa è la necessaria deduzione delle spese, che determinerà, come risultato contabile, il netto[117]. Essa viene applicata coerentemente nel rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario[118].

che il *iudicium mandati* 'ammette' le *reputationes*; poi, deduce da questa ammissione, la facoltà del mandatario di dedurre le spese erogate per i frutti che deve restituire al mandante.

[116] È questa una questione importante, se vogliamo una questione chiave, nella regolamentazione della compensazione nello svolgimento *apud iudicem* del processo, perché sposta il significato della stessa da strumento processuale espressione dell'*officium iudicis*, rimesso quindi alla libera valutazione del giudice privato, a diritto del convenuto quando concorrano certe circostanze; sul punto e sulla sua diversa percezione nella storia del diritto romano, superando la netta contrapposizione diritto classico (impostazione esclusivamente processuale) diritto giustinianeo (diritto sostanziale) dominante nella prima metà di questo secolo (cfr. ad es. B. BIONDI, *La compensazione* cit., pp. 161 ss.), si veda l'indagine di W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano* cit., pp. 71 ss.

[117] Vd. S. RICCOBONO, *Distinzione delle* impensae *e la regola* fructus intelleguntur deductis impensis, in AG. 58 (1897), pp. 61 ss., in particolare p. 81; J. PH. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris (1937), pp. 81-82 che ritiene però il responso labeoniano una applicazione pura e semplice della massima di D. 24, 3, 7 pr. e D. 5, 3, 36, 5.

[118] Da questo punto di vista si chiarirebbe meglio anche il *deducere oportere* che, attraverso un mezzo processuale, concretizza equamente le pretese fondate sul vincolo obbligatorio. L'ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., p. 166 in rapporto a D. 17, 1, 10, 9 parla di «obbligo del giudice di tener conto... di ogni mutua pretesa, per giungere ad una sentenza ispirata alla buona fede». Accentuano la logica del *commodum eius debet cuius periculum est* come espressione della *bona fides* che fonda l'obbligazione tra mandante e mandatario F. HAYMANN, *Miszellen [Zu L. 26 §8 D. 17, 1]*, in ZSS. 52 (1932) R. A., p. 347-348 e n. 1; E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 59 (1939) R. A., p. 441 e n. 3.

D'altronde, una logica analoga, ispirata all'equità, si ha in D. 10, 3, 4, 3 dove si ricorda un parere labeoniano in relazione alle *praestationes* (cioè alle pretese di natura personale derivanti da danni, da spese e da frutti relativi alla cosa comune) che si valutano in un *iudicium communi dividundo*, che impone al socio in comunione che agisca per il rimborso delle spese contro l'erede di un altro socio, di compensare anche i frutti percepiti e le spese erogate dal socio defunto. Per il KASER, *Restituere*[2] cit., p. 57 e n. 4, l'obbligo alla restituzione dei frutti nascerebbe in questo caso dall'interpretazione del *commune*. Sul passo, K. MISERA, *Akzession und Surrogation zufolge einer* adiudicatio, in ZSS. 103 (1986) R. A., p. 404 n. 110, ed ora con ampi approfondimenti e citazione della letteratura precedente , G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale I*. Divisio *e* vindicatio, in AUPA. XLII (1992), in particolare pp. 318 ss. Per un possibile ulteriore collegamento presente nell'opera labeoniana tra *impensae* e *fructus* vd. anche D. 35, 1, 40, 1 Iav. *2 ex post. Lab.* in un contesto dove, però, sembrerebbe lo stesso Giavoleno (*et hoc magis verum puto*) richiamarsi ad un parere di Cinna.

5. *La nuova connotazione caratteristica del concetto di* fructus *nella sua destinazione al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo D.33,2,42*

In un frammento escerpito dalla serie-Giavoleno dei *Posteriores* di Labeone[119] è contenuta una definizione di *fructus* che assume ai fini di questa ricerca un'importanza particolare, perché permette di cogliere, attraverso una sintesi giavoleniana coerente alle testimonianze dirette o indirette del giurista augusteo, il contributo originale e innovativo di questi alla maturazione di una nuova nozione di frutto.

> Iav. *libro quinto ex post. Lab.* D.33,2,42
> *In fructu id esse intellegitur, quod ad usum hominis inductum est: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse.*

[119] In dottrina, può dirsi maturata una *communis opinio* sull'esistenza di due opere di Giavoleno, corrispondenti ai due tipi di *inscriptiones* dei frammenti pubblicati nei titoli dei *Digesta*: Iav. *libri ex posterioribus Labeonis* e Lab. *Libri posteriores a Iavoleno epitomati*. Essa supera la discussione d'inizio secolo (su cui vd. ora la puntuale riconsiderazione di CHR. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* libri posteriores cit., pp. 21 ss.) e poggia: su differenze dello 'schema' ricostruibile per le due serie; sul diverso atteggiamento di Giavoleno rispetto all'opera di Labeone, che lascerebbe supporre una sua maggiore maturità nell'epitome della serie-Giavoleno; ed, infine, seppure in misura minore per le difficoltà intrinseche che una tale verifica solleva all'interno di testi fortemente stratificati, sui diversi stilemi e usi linguistici. Per questi problemi vd. ora G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 10 (1980), pp. 3 ss. (sulla differente frequenza delle citazioni, pp. 17-20; sulle diverse forme verbali delle citazioni, 20; sul ricorso a forme verbali in prima persona o impersonali, 20-24), sebbene con conclusioni spesso non condivisibili; vd. a riguardo le giuste critiche di CHR. KOHLHAAS, *op. ult. cit.*, pp. 61 ss.; sui 'Grundschemata' dei frammenti vd. nel lavoro di quest'ultima A., pp. 68 ss., e sugli approfondimenti linguistici che la portano a proporre con qualche forzatura la paternità labeoniana di frammenti dubbi, ad es. in base all'uso del gerundivo in Labeone p. 182 e n. 54 (vd. *infra* p. 182 n. 123); sul punto cfr. anche M. TALAMANCA, *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* cit., pp. 29 ss., in particolare sui *posteriores* pp. 79 ss., p. 82 n. 140 (segue da p. 81), 86 n. 151. Il MANTOVANI, *Sull'origine dei* libri 'posteriores' *di Labeone*, in *Labeo* 34 (1988), pp. 271 ss., pp. 287-288, accentua ora i rischi a cui si va incontro argomentando per stilemi e sintassi, riguardo ad usi linguistici difficilmente verificabili, come quelli labeoniani. Per una valutazione d'insieme dell'opera della Kohlhaas vd. altresì F. STURM, Rc. a Kohlhaas cit., pp. 197 ss.; J. M. RAINER, Rc., in ZSS. 105 (1988) R. A., pp. 851 ss. Per una riconsiderazione critica dell'ipotesi relativa alle due opere vd. però ora G. NEGRI, *Riflessioni sparse sui* posteriores Labeonis *di Giavoleno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di S. Marino - 12-14 gennaio 1995*, a cura di D. MANTOVANI, Torino (1996), pp. 57 ss.

Il frammento è diviso in tre parti logicamente concatenate: a) *in fructu-inductum est*: dove si dà una nozione di *fructus*; b) *neque enim-expedit*: dove è espressa una regola; c) *itaque cum-in f. non esse*: dove si dà la soluzione per un problema specifico.

L'ordine della sequenza delle tre parti[120] e l'assenza di citazioni aumentano, riguardo ai cd. frammenti «ad uno strato» della serie-Giavoleno dei *libri posteriores*[121], i problemi del rapporto tra Giavoleno, autore dell'epitome (in 10 libri), e Labeone, i cui appunti forniscono il materiale per l'opera pubblicata postuma, probabilmente da un allievo, in 40 libri (vd. Aul.Gell., *Noct. Att.* 13,10,2)[122]. Né, mi sembra, possa cogliersi sul piano linguistico o della motivazione alcuna precisa indicazione a riguardo[123].

[120] Non ho individuato schemi analoghi (*definitio-regula*-soluzione) negli altri frammenti o in altri paragrafi di frammenti cd. «ad uno strato» della serie-Giavoleno.

[121] Già il PERNICE, *Labeo* cit., A, pp. 69 ss., aveva individuato: a) lunghi paragrafi di frammenti escerpiti dalla serie-Giavoleno (D. 23, 4, 32, 1; D. 28, 6, 39, 1; D. 29, 2, 62, 1; D. 33, 2, 30, 1; D. 35, 1, 39 pr.; 40 pr.; D. 40, 7, 39, 5; D. 47, 2, 90, 1), nei quali non si lascerebbe precisare chi sia il soggetto del discorso diretto (Labeone o Giavoleno) (p. 71 e n. 13) anche in rapporto agli altri paragrafi di questi frammenti e per i quali il Pernice pensava a Giavoleno; b) interi frammenti singoli della stessa serie nei quali nessun collegamento con Labeone è possibile. Di questi, tra cui appunto D. 33, 2, 42, due sarebbero interpolati ed uno (D. 19, 2, 59), in base alla citazione esplicita di Sabino, è da imputare sicuramente a Giavoleno. I restanti, invece, sarebbero per il Pernice da imputare nella sostanza a Labeone, sebbene nella forma «die Darlegung ist offenbar stark zusammengezogen, so dass nur eine Rechtsregel an Stelle der Erörterung übrig geblieben ist» (p. 71).

La compiuta individuazione di questo tipo di frammenti è ora in CHR. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* l. posteriores cit., pp. 171 ss.; dove questa A. ipotizza la sostanziale derivazione del contenuto di questi frammenti da Labeone; vd. però le puntuali precisazioni critiche di D. MANTOVANI, *Sull'origine dei* l. posteriores cit., pp. 285 ss.

[122] Vd. ora G. NEGRI, *Riflessioni sparse sui* Posteriores Labeonis cit., pp. 58 ss.

[123] Non certamente il ricorso al gerundivo (*spectanda est*) come indizio stilistico della paternità labeoniana, come vorrebbe la CHR. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* l. posteriores cit., p. 182 n. 54 , in quanto la contraria conclusione è possibile anche rispetto agli usi linguistici giavoleniani verificati su opere diverse dall'epitome ai *posteriores*, dove cioè non è possibile ipotizzare un'influenza della «lingua di Labeone» sulla «lingua di Giavoleno»; vd. a riguardo il più prudente atteggiamento del MANTOVANI, *Sull'origine dei* l. posteriores cit., p. 290. Né è rilevante la presenza del '*non potest videri*', che in base a D. 32, 29, 3 sarebbe per la KOHLHAAS, *op. ult. cit.*, pp. 111-112 e n. 204 (vd. altresì p. 201 n. 40), forma introduttiva dell'argomentazione labeoniana. Da quanto ho potuto verificare, infatti, la costruzione si incontra sia in Labeone (serie-Labeone dei *Posteriores a Iav. epit.* : D. 19, 1, 51 pr.; D. 36, 2, 30; serie- Giavoleno: D. 29, 2, 62 pr.; anche in Lab. -Ulp. D. 2, 9, 1, 1), sia in Giavoleno: *ego [Iav.] contra puto, quia non potest videri* (Lab. *2 post. a Iav.* D. 32, 29, 2); ... *quod verum puto [Iav.], quia... potest videri*

L'opera labeoniana, d'altronde, è il punto di partenza per una presa di posizione adesiva o contraria di Giavoleno, solitamente coordinata col pensiero di altri giuristi post-labeoniani[124].

A riguardo, la collocazione palingenetica di D.33,2,42 (l.V dell'epitome ai *posteriores*: "*De venditionibus et locationibus*"[125]) esclude si tratti di un problema connesso all'usufrutto, come la precedente L.41[126]. Si tratta dei limiti di acquisto dei frutti del fondo locato per il conduttore (arg. ex *colono dominove*)[127]. In particolare, si può ipotizzare un comportamento del colono (la raccolta delle olive dagli alberi prima della loro maturazione) considerato dal *dominus fundi* come lesivo del suo interesse proprietario alla buona conservazione dell'attitudine produttiva dell'uliveto. Il giurista viene a chiarire che, dati i limiti del suo diritto ai frutti, il colono che raccolga le olive

(Iav. *2 ex post. Lab.* D. 32, 100, 1); *hoc falsum puto [Iav.]:... nec potest videri* (Iav. 1 *ex post. Lab.* D. 29, 1, 60); *ego [Iav.] contra puto, quia non potest videri* (Lab. 2 *post. a Iav.* D. 32, 29, 2).

Nessun indizio emerge, altresì, dall'uso di *tollere* come tale (vd. Lab. in D. 18, 1, 80 pr.; D. 41, 2, 51; D. 50, 16, 242, 4; e Iav. in D. 40, 7, 39 pr.) [sulla possibile rilevanza, invece, della costruzione *fructus tollere*, vd. nel testo]; dall'uso di *spectare* (Lab. in D. 17, 2, 84; Iav. in D. 35, 1, 40, 3); dall'uso del *plus... quam* (Lab. in Paul. D. 18, 1, 34 pr.; Lab. in Scaev. D. 47, 6, 6 pr.; Iav. in D. 5, 3, 48; D. 50, 16, 83).

[124] «Der Charakter des Werks "*Iavoleni libri ex posterioribus Labeonis*" als Epitome aus den posthum herausgegebenen Schriften Labeos begründet eine Vermutung dafür, daß der sachliche Inhalt dieser Stellen auf Labeo zurückgeht»; CHR. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* l. posteriores cit., p. 171, in relazione proprio ai frammenti cd. a 'uno strato'. Vd. altresì D. MANTOVANI, *Sull'origine dei* 'l. posteriores' cit., p. 285: «L'opera di Giavoleno si può considerare come gregaria o metatestuale, cioè come opera che si riferisce a un testo-base al cui servizio si pone per precisarlo e/o ridurlo. Questo implica che vi sia un elemento di struttura - l'opera-base - che è di per sé dato, determinato, attorno a cui si organizza l'intervento dell'epitomatore. È ovvio che la potenziale autonomia che assiste la creazione di un'opera si trova in questo caso fin dall'inizio ridotta in ragione del legame che la trattiene a ciò che è al di fuori della ideazione dell'autore». Vedi, altresì, quanto ha evidenziato il TALAMANCA, *Trebazio Testa fra retorica e diritto* cit., p. 82 n. 140, sulla «forte impronta personale» che si coglierebbe nella serie-Giavoleno, rispetto alla serie-Labeone, facendogli assumere il carattere, autonomo se comparato con la prima epitome (serie - Labeone), di «*summa* delle *sententiae* della giurisprudenza della seconda metà del I sec. a. C. ».

[125] O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, coll. 309-312 (nn. 206-216).

[126] In particolare al legato d'usufrutto come pensa il PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in BIDR. 77 (1974), pp. 379-380.

[127] V. KURZ, Emptio rei speratae pura *oder* sub condicione?, in *Labeo* 20 (1974), p. 198, pensa ad una vendita dei frutti futuri. A riguardo è immaginabile una simile problematica (quella dei limiti del potere di raccogliere i frutti da parte del compratore). La terminologia è però consona ad un rapporto di locazione (*dominus* e *colonus*).

immature non lo travalica, in quanto seppure immature esse devono comunque considerarsi frutti del fondo.

Il ricorso al concetto di *usus hominis* come criterio fondante la natura di *fructus* riecheggia usi linguistici giavoleniani (*ad usum hominis* in Iav. *4 Epist.* D.50,16,115; vd. altresì Iav. *14 Epist.* D.45,3,36) e potrebbe celare una lettura del parere di Labeone in chiave stoica «...(*ut placet Stoicis), quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari...*» (Cic., *De off.* I,7,22; *De leg.* I,8,25), accentuandone, quindi, il senso di cose create per il soddisfacimento delle necessità umane[128].

L'*id quod ad usum hominis inductum est* significa, infatti, ciò che viene introdotto per l'uso dell'uomo, per la sua utilità. Sono frutti di una *res* tutte le cose che essa produce per soddisfare i bisogni umani.

Rispetto alla tripartizione vista in Cicerone in relazione all'utilità dei *pecudes* per l'uomo (*De leg.* I,8,25: *ad usum, ad fructum* e *ad vescendum*), la definizione labeoniana coglie l'elemento essenziale della categoria nel concetto più ampio[129]. Frutti di una cosa non sono solo le cose da essa separabili per nutrirsi, né quelle che da essa si traggono attraverso il godimento, ma ogni utilità che essa può dare all'uomo. In tal senso, è perfettamente coerente che si attragga il frutto tra le *res quae intelleguntur* (*in fructu id esse*

[128] Così O. Behrends, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 68 (e per ciò sarebbe da imputare al Sabiniano Giavoleno e non a Labeone); W. Waldstein, *Operae libertorum* cit., p. 88 n. 238 (continua da p. 87). Anche M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 193, parla di frutto che «deve servire all'uomo». Vd. ora F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 17 p. 51, che coglie altresì un collegamento tra questa concezione e la definizione di D. 50, 16, 77 in base alla quale *fruges omnes esse quibus homo vescatur*.

[129] Il Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano (1966), p. 176, parla di «precisazione... su caratteristiche specifiche, cui non parrebbe estraneo un intento definitorio», riportando la definizione di D. 33, 2, 42 a Labeone; per il Carcaterra (A.), *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli (1966), p. 160, quella di D. 33 [err. 34], 2, 42, andrebbe ascritta tra le «definizioni parziali di singoli elementi costitutivi... ». A maggior ragione non mi sembra giustificata, alla luce delle tecniche definitorie della *iurisprudentia*, negare una «unicità» alla concezione labeoniana di *fructus* in base alla mancata applicazione deduttivamente rigorosa della definizione di D. 33, 2, 42 (da intendere come «costruzione di un frutto inteso 'teleologicamente'») nelle altre testimonianze in materia di *fructus* che risalgono al giurista augusteo; F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 22, pp. 66-67 n. 178. In D. 33, 2, 42 è testimoniato uno sforzo definitorio che per la prima volta viene realizzato al di fuori della concezione naturalistica e che coglie la connotazione caratteristica del *fructus* nella sua destinazione al soddisfacimento dell'uomo, senza che ciò implichi un azzeramento dei requisiti propri della categoria (periodicità, rapporto di derivazione, salvaguardia dell'integrità della cosa-madre), ma un loro adeguamento al nuovo concetto.

intellegitur...) e non tra quelle che semplicemente *sunt* (vd. a riguardo la *prima divisio definitionum* in Cic., *Top.* V, 26-27).

È conforme a questo principio che l'uomo allora le utilizzi come meglio crede. In particolare, ai fini della raccolta dei frutti, non si deve prendere in considerazione la maturazione in senso naturalistico del frutto (*maturitas naturalis*)[130], ma il tempo, nel processo di crescita[131], nel quale esso abbia una maggiore utilità (*magis expedire*), un maggiore 'ritorno economico'-reddito (*reditus*) per il colono o per il proprietario del fondo[132]. La costruzione *fructus tollere* che compare in questa parte del frammento è tipica in Labeone[133].

[130] Sul significato di *naturalis* in senso puramente materiale, senza «venature etiche o moraleggianti» come modalità d'uso costante in Giavoleno, vd. A. Mantello, *Beneficium servile - debitum naturale*, Milano (1979), p. 362 ed in relazione a D. 33, 2, 42 p. 363-364, dove si accentua come in questo caso vi sarebbe, però, l'impossibilità di «prescindere... da referenti empirico-materiali». Di «nature biologique... d'une espèce» parla Ph. Didier, *Les diverses conceptions du droit naturel*, in SDHI. 47 (1981), p. 214 e n. 112. In Ven. *6 interd.* D. 42, 8, 25, 6, proprio Labeone, nell'approfondire il contenuto del *restituere* dell'*interdictum fraudatorium*, ritiene non chiara l'attrazione in quello dei *fructus <qui> fundo cohaerent* (vd. anche D. 42, 8, 25, 4), in quanto formulazione edittale che non precisa se si tratti di *fructus maturi* o di *fructus immaturi*. Il passo non è interessato da dubbi sulla sua genuinità; *Index interpolationum*, III, Weimar (1935), col. 274. Vd. su di esso G. Impallomeni, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova (1958), pp. 90-91; in rapporto ad eventuali influenze filosofiche le precisazioni di F. Horak, *Rationes decidendi* cit., p. 234, e, sebbene in relazione alla seconda parte, ed al significato di *solum* che da esso si evince, G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 184-185.

[131] Talvolta la testimonianza è stata vista in netto contrasto con la concessione dell'*actio ex lege Aquilia* per la percezione di frutti immaturi D. 9, 2, 27, 25-26; vd. ad es. G. Noodt, *De usufructu libri duo* cit., I, p. 189-190; più di recente R. De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini* cit., pp. 92-94. A mio avviso, però, la presunta contraddizione non tiene conto: a) che nelle fonti citate, l'asportazione di frutti immaturi tutelata con l'azione aquiliana è confrontata con l'ipotesi dell'asportazione dei frutti maturi tutelata con l'*actio furti*. Ciò dimostra come l'autore dell'asportazione non è legittimato ad essa in nessun caso, non ha cioè alcun diritto ai frutti. La differente tutela è semplicemente legata alla considerazione autonoma o meno dei frutti rispetto all'*ager* (comprensivo anche delle *arbores*) a seconda della loro maturità; b) che in D. 33, 2, 42, il soggetto ha diritto ai frutti ed il problema è quello di sapere se la percezione delle olive immature possa considerarsi come esercizio lecito di questo diritto oppure un comportamento illecito.

[132] Il che apre la via al superamento della concezione naturalistica; vd. ad es. il Göppert, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 290; cfr. altresì E. H. Kaden, Rc. a Basanoff, in ZSS. 51 (1931) R. A., p. 534 e n. 1; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 81-82. Sull'accentuazione del particolare uso economico vd. R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., pp. 93-94.

[133] Vd. Lab. *5 post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80 pr. (... *ita ut fructus eorum tollatur*...).

Pur se limitiamo l'analisi alla seconda e alla terza parte, il *magis expedire* ed il *reditus* assumono un significato centrale, per cogliere l'apertura ad un'interpretazione di frutto fondata sulla utilità che la cosa ha per l'uomo. Si utilizza una nozione relativa di frutto, coerente alle nuove dinamiche del godimento dei beni e agli ampliati usi delle cose emerse in un certo momento storico nella coscienza sociale.

I parallellismi, però, tra *magis expedire, reditus, usus hominis* e tra il *non potest videri...in fructu non esse* e l'*in fructu esse*, permettono anche di precisare il rapporto con la definizione ed il significato di essa. Nella prima parte, infatti, si rileggono la regola (seconda parte) e la soluzione (terza parte) per coglierne l'importanza ai fini di una definizione del frutto coerente al discorso svolto. L'inserimento della prima parte è, quindi, pensato ad arte, al fine di costruire con l'intero passo una logica concatenazione[134].

[134] Rimane comunque il problema di chi abbia realizzato questa operazione. Essa potrebbe, infatti, già essere presente, come nota o appunto di Labeone sul caso dell'*olea immatura,* nel materiale raccolto dall'anonimo curatore la pubblicazione postuma dei *Posteriores.* Sulla rilettura fattane da Giavoleno vd. *supra* p. 184. Non è peraltro in astratto da escludere che la *definitio* della prima parte sia dovuta ai compilatori, sebbene questa ipotesi non mi convinca. Il MANTOVANI, *Sull'origine dei* l. posteriores cit., pp. 286-287, contro l'ipotesi di fondo della Kohlhaas, di ritenere nella sostanza labeoniano il contenuto dei frammenti cd. «ad uno strato» della serie-Giavoleno, ha giustamente accentuato l'importanza del confronto interno tra due frammenti della serie suddetta, in realtà riproducenti lo stesso frammento, il primo D. 23, 3, 80 dove si ricorda il parere di Labeone e quello contrario di Giavoleno, e D. 23, 3, 83 dove il contrasto è stato eliminato a favore di Giavoleno, rendendo il frammento appunto ad «uno strato»; e del sicuro intervento in D. 19, 2, 59 dove è caduto il pensiero labeoniano. Potrebbe quindi pensarsi che nell'originale di Labeone il discorso svolto nelle ultime due parti di D. 33, 2, 42 fosse capovolto in senso negativo (che non si potessero, cioè, raccogliere i frutti prima della loro maturazione naturale) e che Giavoleno avesse criticato la soluzione labeoniana. La forma attuale «ad uno strato» sarebbe quindi dovuta alla sintesi realizzata dai compilatori, che scelsero l'opinione di Giavoleno, più coerente al concetto di *fructus* da loro condiviso (frutto *pro reditu* in D. 50, 16, 77), così come rispetto a D. 23, 3, 83 la critica di Giavoleno a Labeone è più coerente all'atteggiamento di fondo che, secondo loro, bisognava adottare nel diritto dotale (D. 50, 17, 85 Paul. 6 *Quaest: in ambiguis pro dotibus respondere melius est*). Questa ipotesi, pur possibile, non si acconcia al quadro fino a questo punto ricostruito per Labeone, per il quale il concetto non è più adeguato alla nozione naturalistica. Dal punto di vista, poi, del lavoro dei commissari giustinianei, mi sembra che il tipo di intervento possa, in questo caso, limitarsi allo spostamento del frammento dalla tematica originaria (l. V dell'epitome di Giavoleno ai *posteriores* relativo alla compravendita e alla locazione), alla tematica del legato d'usufrutto (D. 33, 2), in base all'escerpimento fattone dalla commissione redigente l'*Appendix* (la stessa preposta alla massa papinianea secondo il BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten,* in *ZGRw.* 4 [1820], p. 309 sg.; o più convincentemente la stessa preposta alla massa sabiniana secondo la recente ipotesi del MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano [1987], pp. 109 ss., in particolare 121 ss.). Da un lato, infatti, fa testo per la concezione dei Giustinianei l'equiparazione giulianea "frutto - *pro reditu*" che si incontra in D. 50, 16, 77 (su cui vd. *infra* pp. 219 ss.), che proprio in Labeone trova le sue premesse di svolgimento; d'altro lato la collocazione della L. 42 dopo la L. 41, dove si riporta un responso labeoniano in relazione al concetto di *fructus*, quasi a cogliere un «association of ideas» (A. M. HONORÉ, *The Editing of the Digest Titles*, in ZSS. 90 [1973] R. A., p. 263, non in relazione, però, al passo in esame) tra i due frammenti escerpiti dalla stessa opera, ma da due libri diversi (L. 41 il II, L. 42 il V). Per il PESCANI, *Il piano del Digesto* cit., p. 379, lo stretto collegamento tra L. 42 e L. 41 potrebbe essere l'effetto non di un «escerpimento frutto di lettura, ma di una nota marginale che si poteva trovare nel libro II». Sui problemi connessi alle masse bluhmiane in relazione ai *libri posteriores* epitomati da Giavoleno, vd. poi, oltre l'opera del Mantovani sopra citata, A. M. HONORÉ, *Labeo's* 'Posteriora' *and the Digest Commision,* in *Daube Noster*, (1974), pp. 160 ss.; CHR. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der* libri posteriores cit., pp. 225 ss.; D. MANTOVANI, *Sull'origine dei* 'l. posteriores' cit., pp. 305 ss.; D. OSLER, *Following Bluhme: a Note on D. Mantovani*, in *Iura* 39 (1988), in particolare pp. 142 ss., e di recente, in relazione alla ripetizione della Rubrica del titolo D. 33, 2 prima della L. 38 nella *Florentina,* che chiarirebbe il metodo di raccolta e formazione delle 'code' ai titoli, vd. W. KAISER, *Digestenentstehung und Digestenüberlieferung*, in ZSS. 108 (1991) R. A., p. 337.

Mentre il responso di Servio Sulpicio Rufo in D.18,1,40,4, rispetto all'interpetazione del significato di una *lex privata* con cui il venditore si riserva l'*omnis fructus fundi*, è teso a fissare i confini del segno *fructus* attraverso la forza dell'*exemplum* limite che vi si include, quello dei materiali tratti dal bosco e dal canneto cedui, salvaguardando la regola maturata nella concezione «naturalistica», in D.33,2,42 l'operazione definitoria di Labeone si avvale di una esplicitazione concettuale, costruita sul rapporto tra *fructus* e *reditus*, che contrappone alla nozione naturalistica costruita su una base reale (*res quae sunt* potremmo dire con Cic., *Top.* V, 26-27), una concezione strettamente giuridica, che colga la connotazione caratteristica della categoria di *fructus* (espressa in termini di *intellegere*) nella sua destinazione al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo, mutevoli e quindi condizionati dalla coscienza sociale di una determinata epoca[135].

[135] All'interno delle qualificazioni moderne potremmo includere la definizione di Labeone tra le definizioni funzionali, quelle cioè che «identificano il *definiendum* ponendo in evidenza a cosa serve ciò di cui si parla»; L. LANTELLA, *Pratiche definitorie* cit., pp. 73 ss. (le parole riportate sono a p. 74).

6. *Conclusioni: Labeone ritiene inadeguata la nozione naturalistica di frutto, e si sforza di dare al concetto una nuova connotazione coerente alla sua natura di bene che, attraverso il godimento delle cose, soddisfa i bisogni umani*

Bisogna verificare se vi sia spazio per una concezione di frutto, sottesa ai pareri labeoniani esaminati, che travalichi i limiti del singolo istituto. A ben vedere, infatti, i pareri labeoniani in materia di usufrutto, in base alla dinamica impressa dal godimento della cosa altrui, lasciano emergere una nozione di frutto che, misurandosi con la tradizione repubblicana, non tenta un ulteriore adeguamento della nozione «naturalistica» e considera frutto di una cosa ciò che da essa l'uomo può trarre come suo reddito, al fine di soddisfare proprie utilità. Essa può concretizzarsi in una utilità soggettiva collegata ad un certo uso lecito della cosa in usufrutto (l'utilità di dare a pegno l'usufrutto sul bene per acquisire il «vantaggio della liquidità»; cd. *Gebrauchsvorteil*; D.22,1,49 = D.50,17,72).

Le ampliate possibilità di reddito delle cose in base alle mutate forme di godimento dei beni, incidono in termini di parametro obiettivo nella delimitazione della nuova nozione di frutto spettante all'usufruttuario. La possibilità di attingere agli usi socio-economici per sapere quale sia il normale reddito della cosa, non implica l'irrilevanza delle regole relative alla conservazione della cosa produttiva e della sua capacità di riproduzione. Così la legna da ardere tagliata da piante del fondo in usufrutto, quando gli alberi da cui tale legna 'deriva' siano morti o sradicati da forze esterne (D.7,1,12 pr. = *Vat.*71). Altra volta il giurista, per individuare il limite del diritto d'uso, attinge alla coscienza sociale relativa al frutto tipico degli immobili urbani (D.7,8,2,1 i.f.;4 pr.), del terreno agricolo (D.7,8,12,1) e del gregge (D.7,8,12,2). Ciò dimostra la precisione del criterio maturato e la consapevole natura relativa del concetto.

In materia di *restituere* l'angolo visuale del giurista è chiaramente concentrato sull'interesse della parte. Anche in questo caso è tangibile una nozione di frutto costruita come utilità soggettiva. In particolare, Labeone considera *fructus* il *commodum petitoris*. Così nel *restituere* sorto da un'*actio negatoria* rientra l'interesse del proprietario a che il convenuto non usi della presunta servitù prediale - che si contesta - nelle more processuali (D.8,5,4,2). Per altro, in materia di *fructus hominis* (D.6,1,79), il giurista augusteo segue la nozione che la tradizione più antica tramanda (*fructus hominis in operis constitit*), adeguandola ai frutti da restituire in caso di perimento dello schiavo prima della sentenza. Se colleghiamo questo dato con quanto emerge in

relazione agli acquisti dello schiavo in usufrutto (D.7,1,21 = *Vat.*71b), si può dedurre l'avvenuta scissione tra approfondimento dell'*uti frui* sullo schiavo e la nozione di *fructus hominis*, che facilita una sua più rigorosa delimitazione.

In relazione all'obbligo di restituire al mandante i *commoda* lucrati nell'adempimento del mandato, Labeone intuisce l'idea di frutto come risultato di un calcolo contabile, reddito-netto detratte le spese (D.17,1,10,9).

Tutto ciò ci dà la portata dello sforzo dogmatico insito nella definizione ricordata in D.33,2,42. Essa è a questo proposito paradigmatica in quanto è collegata ad un problema estraneo sia all'usufrutto che al *restituere*, quindi assume un significato essenziale. Essa, affermando il legame del concetto di frutto all'uomo e al soddisfacimento dei suoi bisogni (*in fructu id esse intellegitur, quod ad usum hominis inductum est*), tende ad inserirsi nella concezione labeoniana emergente dai frammenti esaminati con coerenza, nei limiti in cui essa esprima lo sforzo, in chiave definitoria, di cogliere l'elemento caratteristico, la nuova connotazione della categoria, nell'*id quod ad usum hominis inductum est*, una volta che si rinunci ad una sua costruzione fondata sulla *natura*, senza che ciò determini, conformemente al modo di procedere dei giuristi romani, una applicazione coerente in chiave deduttiva dell'intuizione del giurista augusteo all'interno degli istituti coinvolti dal concetto.

CAPITOLO IV

LA NOZIONE DI FRUTTO COME REDDITO DELLA COSA E L'INDEBOLIMENTO DEL REQUISITO DELLA PERIODICITÀ IN SABINO E CASSIO

SOMMARIO: 1.La nozione di frutto in Masurio Sabino trova una prima sintesi nei tre libri di diritto civile come reddito percepito dalla cosa senza diminuirne la sostanza. In altre testimonianze emerge la tendenza a considerare frutto anche il reddito che occasionalmente si percepisce dalla cosa-madre: A. I *tres libri iuris civilis* di Sabino sono un momento di sintesi nella quale viene realizzata una risistemazione rigorosa delle categorie concettuali interna agli istituti coinvolti; B. Persistenza dell'importanza della nozione di frutto per la fissazione del contenuto dell'usufrutto dei fondi e degli immobili urbani. Suo parziale superamento per gli schiavi e, forse, per i nati dagli animali; C. La nozione di frutto come «reddito-netto» nella restituzione dei frutti dotali; D. In D.5,3,36,5, rispetto alla restituzione dell'eredità da parte del possessore, si ribadisce la definizione di frutto come reddito-netto; E. *Vat*. 72,2 conferma lo svilimento del requisito della periodicità. 2. La nozione di frutto in Cassio è coerente a quella di Sabino: A. Svilimento del requisito della periodicità: il *reditus aucupiorum et venationum*, sebbene occasionale, spetta all'usufruttuario come *fructus fundi* D.7,1,9,5; B. La carne del *fetus demortuus* come spettante all'usufruttuario secondo Cassio, e sua rilettura da parte di Ulpiano come *commodum*, corrispettivo del *periculum* del perimento del nuovo nato prima della *summissio*, in caso di *usus fructus gregis* D.7,1,70,2; C. L'inclusione delle *usurae* percepite dal prestito di una somma di danaro nel cd. quasi-usufrutto da parte di Cassio non è condizionata dalla nozione di frutto D.7,5,3. 3. Conclusioni: nuova nozione di frutto come ogni reddito, anche occasionale, che la cosa può dare, senza che se ne intacchi la sostanza. Nell'àmbito di obblighi di restituzione dei frutti (della dote o processuali) si accentua la commisurazione al netto di essi, tolte le spese.

1. *La nozione di frutto in Masurio Sabino trova una prima sintesi nei tre libri di diritto civile come reddito al netto percepito dalla cosa senza diminuirne la sostanza. In altre testimonianze emerge la tendenza a considerare frutto anche il reddito che occasionalmente si percepisce dalla cosa-madre*

A. *I* tres libri iuris civilis *di Sabino sono un momento di sintesi nella quale viene realizzata una risistemazione rigorosa delle categorie concettuali interna agli istituti coinvolti*

La didattica in Masurio Sabino svolge un ruolo strategico per tramandare il sapere giuridico alle nuove generazioni. La raccolta scritta di regole

ordinate a sistema è fatto non irrilevante all'interno di questa scelta di fondo, forse dettata dal faticoso inserimento sociale del giurista nella ricchissima e complessa società romana dell'epoca[1]. La sintesi in soli *tres libri* di un sapere fortemente caratterizzato da una coerenza interna al problema trattato[2], tramanda ancora un sistema conoscitivo condizionato dalla discussione tra *iuris periti*[3].

[1] L'*auctoritas* di Sabino, in sostanza, è fortemente legata al suo rapporto con la *secta* che prenderà il suo nome, ed alla attività di giurista -insegnante che vi svolge (Pomp. *l. s. ench.* D. 1, 2, 2, 48 e 50). Si deve infatti tener conto da un lato che Sabino succede ad Ateio Capitone, morto nel 22 d. C. (vd. Tac., *Ann.*, 3, 75, 1), 8 anni dopo l'insediamento di Tiberio (14 d. C.) che gli concederà il *ius publice respondendi* probabilmente dopo i cinquant'anni, quando il giurista fu ammesso nell'ordine equestre, e d'altro lato che Sabino continua ad essere in attività sicuramente fino al SC. Neroniano (ca. 55-68 d. C.) (Gai. 2. 218). Vd. a riguardo le precisazioni di M. Bretone, Rc. ad Astolfi, in *Iura* 34 (1983), pp. 218-219, da leggere insieme a quanto l'A. dice in *Tecniche e ideologie*[2] cit., p. 238; e in *Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 258 ss. Su Sabino vd. altresì F. P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., II, 1, pp. 313 ss.; A. Steinwenter, *Massurius Sabinus*, in PWRE. I A. 2 (1920), coll. 1600-1601; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln (1967[2]), pp. 119-120; D. Nörr, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in Sodalitas. *Scritti in onore di A. Guarino* 6, in particolare pp. 2974-2975.

[2] Il che impedisce di costruire ancora un sistema analogo a quello gaiano (*personae res actiones*) come invece pensa Schulz, *Geschichte* cit., pp. 187-189, e caratterizzato invece dall'ordine che la tradizione giurisprudenziale, soprattutto il modello dell'opera muciana, tramandava, con correzioni legate alla «associazione di idee» tra istituti (si pensi al probabile passaggio tra *mancipatio familiae, mancipatio, [imaginaria venditio], emptio venditio*, o a quello tra *mancipatio, [in iure cessio], consortium ercto non cito, societas*); sul punto vd. O. Lenel, *Das Sabinussystem* cit., pp. 90 ss. [= pp. 90 ss.], che pur disegnando un quadro sostanzialmente analogo alle quattro parti dello Schulz (testamento, persone, obbligazioni, cose) precisa che ciò non va inteso in senso moderno. Infatti, ad es., «Die Erklärung dafür, dass Sabinus sich auf Kauf und Societät beschränkt, wird wahrscheinlich darin zu suchen sein, dass er -... - ausschliesslich diejenigen b. f. Obligationen vorführen wollte, für die es eine Anknüpfung im alten ius civile gab.», p. 100, vd. altresì p. 101). Di «procedimento di associazioni di idee» parla V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli (1959), p. 48; per la ricostruzione del sistema civilistico dei *tres libri iuris civilis* di Sabino vd. altresì, G. Scherillo, *Il sistema civilistico* cit., pp. 456-460 [=pp. 25-29]; sul punto vd. anche M. Bretone, *Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 259-260. Contro la tesi dominante, in particolare in relazione al problema dei contratti consensuali, vd., però la diversa tesi sostenuta con argomenti che impongono una nuova riflessione sul punto, da R. Astolfi, *I* tres libri iuris civilis cit., pp. 233-235.

[3] Significativo è il differente ricorso a citazioni di giuristi precedenti tra le opere di Q. Mucio, di Servio e di Labeone e quanto sappiamo dalle citazioni dirette di A. Gellio e dei commentari di Pomponio, Ulpiano e Paolo sul testo di Sabino. Egli, all'interno di un sapere fortemente caratterizzato dalla diversità dei pareri e dalla dialettica tra *iurisperiti* fin dai tre *qui fundaverunt ius civile*, esprime una scelta consapevole di fissare le regole e i concetti del *ius civile*, astraendoli dalla viva dinamica dell'*ars iuris*, al fine di realizzare un tramite sicuro e chiaro di conoscenza del diritto.

La scelta di tramandare con formulazioni sintetiche il contenuto del *ius civile,* è espressione del genio di un giurista che, attento alla prassi, raccoglie le regole giuridiche e le ordina in un sistema, facendone anche strumento adeguato di trasmissione di questo sapere tecnico. Nell'opera di Sabino la parola, l'aggettivo, il verbo e la costruzione sintattica sono il risultato di una riflessione attentissima, che privilegia, nello sforzo di sintesi, la chiarezza alla problematicità del sapere giuridico, senza mai rinunciare alla tecnicità.

Non è un caso che Sabino acquisisca fama non limitata alla stretta cerchia dei giuristi e assurga a modello per filosofi e poeti nel rappresentare esemplarmente l' «interprete del diritto»[4], e, in senso ancora più ampio, colui che ordina il diritto in *regulae*, *leges*, νόμοι, διατάγματα all'interno delle *Rubricae* che compongono i tre libri di diritto civile[5].

Si deve quindi verificare la nozione di frutto che quest'opera tramanda, per poi confrontare i risultati con le altre testimonianze presenti nelle fonti.

[4] L'espressione è in *Athenaeus* Naucratita, *Deipn*. XIV, 623 e (Kaibel) (vd. altresì l' epitomatore dell'opera di questi nel *Proem.* 1, 1 c): νομῶν ἐξηγητής .

[5] Aulo Persio Flacco, nella sua V *Satura*, nel contrapporre la libertà nel senso della morale stoica alla libertà nel senso popolare di *licet ut volo vivere* (V, 84; per il significato giuridico di *libertas* vd. Flor. 9 *Inst.* D. 1, 5, 4 pr. : *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*), fa dire ad un *novus* liberto che, con la *manumissio vindicta*, si sarebbe liberi di fare ciò che si vuole, salvo ciò che la *rubrica* di M. Sabino vieterà di fare (V, 88-90: *"vindicta postquam meus a praetore recessi, / cur mihi non liceat, iussit quodcumque voluntas, / excepto si quid Masuri rubrica vetabit ?"*). L'uso di *Rubrica* esprime qui una metonimia tra il titolo di ogni capitolo dell'opera ed il suo contenuto. La *Masuri rubrica* è, nell'immaginario che Persio rappresenta, una metafora del sistema giuridico e delle regole da esso espresse. In dottrina si è ipotizzata una certa influenza dello stoico Musonio Rufo su questa *Satura*. Il che ci fornisce il legame con un'altra testimonianza sull'opera di Sabino, tramandata dalla raccolta fatta a Nicopolis da *Flavius Arrianus* delle *Diatribai* del suo maestro *Epictetus*, esiliato da Domiziano nel 94 d. C., a sua volta allievo di Musonio Rufo (vd. A. Dihle, *Die griechische und lateinische Literatur der Kaiserzeit*, München [1989], pp. 212 ss.). Nella *Diatriba* IV, 3, *Epictetus*, trattando della insuscettibilità dei beni morali ad essere oggetti di scambio, conclude il suo insegnamento affermando che quelli appena enunciati sono i νόμοι e i διατάγματα da seguire, dei quali l'impersonale avversario (il τις o il soggetto sottinteso dal φῆσι nella diatriba popolare) deve farsi 'interprete' (ἐξηγητής) e ai quali deve sottomettersi, e non al contrario i 'canoni' e le 'regole' di Masurio e di Cassio. Non sappiamo quanto dovesse essere diversa la forza d'impatto dell'affermazione nell'immaginario della platea a Roma rispetto che a Nicopolis. Certo è che qui *Arrianus* raccoglie sicuramente pensiero di *Epictetus* all'interno di una contrapposizione tra regole e precetti di comportamento stoici e regole e precetti elaborati dal sapere giuridico (tensione antica a Roma basti pensare a Panezio e al III libro del *De officiis* ciceroniano). In questa sede è importante segnalare come fosse naturale nella Roma di fine I d. C. secolo indicare i *nomoi* e i *diatagmata* di Sabino e di Cassio come metafora esemplare delle regole e dei precetti del *ius*.

B. *Persistenza dell'importanza della nozione di frutto per la fissazione del contenuto dell'usufrutto dei fondi e degli immobili urbani. Suo parziale superamento per gli schiavi e, forse, per i nati dagli animali*

Rubrica *Quid usu fructu legato contineatur*[6]

[D. 7, 1, 7 pr.-1 Ulp. *l. 17 ad Sab.*][7] Sab. : *Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. et aut rei soli aut rei mobilis usus fructus legatur. Rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet*[8]. [D. 7, 1, 9 pr. Ulp. *l. 17 ad Sab.*][9] (*Item*) Sab. : *si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur.* [D. 7, 1, 21 = *Vat.* 71b Ulp. *l. 17 ad Sab.*][10] Sab. : *Si fructus servi legatus sit, ... quidquid is ex opera sua adquirit vel ex re fructuarii, ad eum pertinet, sive mancipio accipiat, sive stipuletur, sive ei possessio fuerit tradita.* [D. 7, 1, 68 pr. Ulp. *l. 17 ad Sab.*][11] Sab. : *Vetus fuit quaestio, an partus ancillae ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest.* [D. 7, 1, 68, 1 Ulp. *l. 17 ad Sab.*] Sab. : *Fetus tamen pecorum... ad fructuarium pertinet.* [D. 7, 1, 68, 2 Ulp. *l. 17 ad Sab.*][12] Sab. : *Plane si gregis [vel armenti] sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum alia summittere.*

La trattazione dimostra una logica stringente e una forte impronta sistematica. All'affermazione di principio che nel legato di usufrutto spetta all'usufruttuario tutto il frutto della cosa, corrisponde il *quicumque reditus (aedium) ad fructuarium pertinet*, il *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius* [scil. *fundi] fructus est*, il *quidquid (servus) ex opera sua vel ex re fructuarii adquirit, ad (fructuarium) pertinet*, l'*an partus ancillae ad fructuarium pertineret*?, il *fetus pecorum ad fructuarium pertinet* e la regola della *summissio* per l'usufrutto del gregge o dell'armento.

Lo sforzo di sintesi non determina una diminuzione della tecnicità terminologica, ma semmai la rafforza[13]. *Fructus*, *reditus*, *pertineo*, *nascor*, *percipio*, *adquireo*, *ad fructuarium*, *in fundo*, *ex opera vel ex re* riassumono una storia dogmatica complessa che abbiamo cercato di ricostruire nei precedenti capitoli, e che nelle parole di Sabino viene così concretamente evocata.

[6] Sulla *R.* vd. O. LENEL, *Das Sabinusystem* cit., p. 41 e 90 [=p. 41 e 90]; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., 34 [= in *Labeo* 10 (1964), 74]; R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., p. 207.

[7] F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., 34 [= 74]; R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., pp. 207-208. Per la bibliografia sul passo vd. *supra* pp. 150 ss.

[8] Probabilmente l'*obventiones quae sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaeque aedium sunt* è di Ulp.; vd. *supra* p. 151.

[9] F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., 35 [= 74]; R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., pp. 81-82, 208.

[10] F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., 35 [= 74]; R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., p. 208. Sul passo vd. *supra* pp. 144 ss.

[11] Sul passo vd. *supra* pp. 82 ss. Sul n. 2574 (D. 7, 1, 68 pr. -2) non c'è accordo in dottrina sia sulla sua posizione nell'ordine dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano (*R.* "*Additamenta de iure usufructuarii*", in un primo tempo O. LENEL, *Das Sabinussystem* cit., p. 42 [=42]; *R.* "*Quemadmodum uti frui oportet*": F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 37 [=76]; O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, coll. 1065-1066), sia sulla possibilità di individuare il lemma di Sabino (R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis cit., pp. 82-83). A mio avviso, però, le ragioni che hanno spinto a considerare questo frammento esterno alla *R.* "*Quid usu fructu legato contineatur*" non sono decisive. In particolare, non lo è l'implicita convinzione che i compilatori abbiano seguito sempre e comunque l'ordine dell'opera del giurista classico, come invece smentisce chiaramente il confronto con i *Fragm. Vat.* (D. 7, 1, 12, 1, in base a *Vat.* 71-72, non seguiva D. 7, 1, 12 pr., ma veniva dopo D. 7, 1, 21 e 23); vd. P. KRÜGER, *Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten*, in ZSS. 31 (1910) R. A., pp. 7-8. Dal punto di vista sostanziale, poi, la questione se il *partus ancillae* fosse un *fructus servi* è perfettamente coerente con l'ordine seguito da Ulpiano nel libro diciassettesimo *ad Sabinum* (*aedium, fundi, servi usu fructu legato*), vd. G. GROSSO, *Note esegetiche in tema di usufrutto* cit., p. 41. Collegata ad essa nasce la necessità di precisare la natura del *fetus pecudum* e la regola della *summissio*. Sul richiamo della *vetus quaestio* nei *Tres libri iuris civilis* di Sabino, attraverso la mediazione di un *caput* dei *libri XVIII iuris civilis* di Q. Mucio, vd. *supra* pp. 82 ss. Il presunto contrasto che l'ASTOLFI, *op. ult. cit.* individua tra D. 7, 1, 68 pr. e D. 44, 2, 48, 5-6, dove Sabino e Ulpiano considerano, ai fini dell'inusucapibilità della *res furtiva*, il *partus ancillae furtivae* alla stessa stregua del *fetus pecudum*, non è decisivo per escludere la paternità sabiniana della prima parte di L. 68 pr.; vd. esattamente ora J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 116-117.

[12] L'assenza del *vel armenti* dall'originale lemma sarebbe confermata dall'esclusivo richiamo al *grex* nella parte successiva (così, A. GUARNERI CITATI, "Supplere" *nei testi giuridici*, in SDHI. 1 [1935], p. 163), sebbene esso più che una interpolazione dei compilatori sembra un inserimento ulpianeo, coerente alla *ratio* dell'istituto della *summissio* ravvisata dal giurista severiano nella natura di *universitas* di questi insiemi di cose (*grex, armentum, equitium*) (*Sed quod dicitur debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis vel armenti vel equitii, id est universitatis usu fructus legatus sit.* D. 7, 1, 70, 3). Sulla differenza tra *armentum* e *grex*, vd. A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano (1963), p. 50, su D. 7, 1, 68, 2 p. 38.

[13] Le testimonianze gelliane che citano direttamente stralci di quest'opera di Sabino confermano un periodare sintetico, esente di regola da citazioni, e fortemente tecnico. Vd. a riguardo DIRKSEN, *Hinterlassene Schriften* I (1871), pp. 34 ss.; per un confronto tra A. Gellio e i commentari di Paolo e Ulpiano, vd. F. WIEACKER, *Textstufen* cit., pp. 278 ss.

Il contrappunto tra usufrutto e frutto della cosa in usufrutto sorregge il discorso del giurista, che esprime una forte dinamicità all'interno della diversa natura delle cose da cui il frutto si trae.

Ciò è evidente, in particolare: nella costruita identità dell'*omnis fructus rei,* come *quid* che spetta all'usufruttuario, col *quicumque reditus aedium*, materializzato in sostanza nelle mercedi locative; nell'accostamento nei frutti del fondo al tradizionale *quidquid in fundo nascitur*, del *quidquid inde percipi potest*, che aprendo alle potenziate forme di godimento redditizio del fondo agricolo impone la clausola limite del *sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur*; nelle ampie possibilità di reddito nel godimento dello schiavo; nella regola antica della *summissio* negli insiemi di animali.

/Non si tratta più di una nozione di frutto che da sola esaurisce l'estensione ed il contenuto dell'*usus fructus*, individuando precisamente ciò che spetta all'usufruttuario e ciò che rimane al proprietario, ma del reddito percepibile dalla cosa in usufrutto attraverso il godimento, che individua ciò che *ad fructuarium pertinet*. Il /passaggio determina la necessità di fissare un limite all'esercizio dell'*uti frui* in quanto esso non è più, per così dire, intrinseco alla nozione di frutto della cosa. Di qui la fissazione di un parametro obiettivo di adeguamento dell'esercizio del godimento a quello del *bonus vir*[14].

[14] Il BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto. Sulla* 'cautio fructuaria', in BIDR. 21 (1909), p. 132 n. 40 (continua da p. 129), non coglie la ragione sostanziale della necessità logica del *sic-fruatur* in relazione al passaggio dal *quidquid in fundo nascitur*, al *quidquid inde percipi potest*. A riguardo, condivido in parte l'approfondimento tra le due proposizioni in relazione al modello del *bonus vir* del NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 193 ss.; pp. 213 ss., che vede nel *qq. in fundo nascitur* una concezione che sottende «un'origine naturalistica dei frutti del fondo che li produce» (pp. 216-217), e nel *qq. inde percipi potest* il richiamo non solo ai prodotti della terra, ma «a quelli che l'usufruttuario abbia il potere giuridico di percepire» (p. 216). Attraverso tale prospettiva Sabino insisterebbe sul «contenuto del diritto, vale a dire sulle facoltà che spettano al suo titolare» (p. 217). L'esercizio del diritto *boni viri arbitratu* sarebbe allora un elemento che concorre «all'identificazione del contenuto dell'usufrutto» (p. 221). A mio avviso non si può negare nel rapporto tra le due proposizioni un passaggio logico (*contra*, invece, F. HORAK, Rc. in *Labeo* 33, 1987, p. 81 che le ritiene legate in forma asindetica per esprimere unitariamente la «natürliche Möglichkeit der Gewinnung»). Tutto ciò non implica necessariamente una svalutazione della prospettiva oggettiva del lemma sabiniano (puntuale qui la critica dell' HORAK, *op. ult. cit.,* p. 81), in quanto si passa da tutto ciò che nasce nel fondo a tutto ciò che da esso può essere percepito, che implica appunto l'adeguamento del diritto dell'usufruttuario ai frutti a nuove forme di godimento del fondo coerenti a mature forme di produzione non necessariamente 'naturalistiche'. La precisazione dogmatica va coordinata con quanto è stato evidenziato dal BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 112 ss. sulla necessità di non considerare il limite dell'*arbitratus boni viri* nell'esercizio del

Rispetto all'usufrutto dello schiavo, sancita la regola del *quidquid is ex opera sua vel ex re fructuarii adquirit*[15], si inseriva l'antica questione del *partus ancillae* come *fructus hominis* e la *sententia Bruti*[16].

A ciò, infine, si collegava la questione correlata del *fetus pecorum* come *fructus* nell'usufrutto di singoli animali, per la quale vi erano state discussioni nella giurisprudenza tardorepubblicana[17].

Rispetto, poi, alla diversa problematica dell'usufrutto del gregge e della correlata regola della *summissio capitum defunctorum* emerge chiaramente la particolare disciplina imposta dalla natura di insieme del *grex*[18], qualificato da Sabino in termini di unitario *corpus ex distantibus* (Pomp. *30 ad Sab.* D. 41, 3, 30 pr.)[19] in base al ruolo unificante del *nomen*.

L'obbligo gravante sull'usufruttuario di sostituire i capi morti con i nati dalle pecore facenti parte del gregge, se da un lato implica la concretizzazione, nella particolare ipotesi trattata, della conservazione della *rerum substantia* della cosa in usufrutto in rapporto anche all'*arbitrium boni viri*, d'altro lato ricorre ad una metafora del frutto del gregge autonoma dalla naturale nascita degli agnelli dalle singole pecore di esso. Si tratta dell'utile netto una volta salvaguardato il bene capitale, perché condizionato appunto dall'esercizio della *summissio*[20].

diritto d'usufrutto nel rispetto della cosa, dapprima nel suo stato attuale e poi nella sua destinazione economica, come «una caratteristica naturale dell'*usus fructus*», ma al contrario come esso sia «il punto d'arrivo di un laborioso sviluppo dottrinale» (p. 113). Vd. altresì, R. LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., pp. 111-113 e n. 20.

[15] Sul punto vd. *supra* pp. 144 ss.

[16] Sul punto vd. *supra* pp. 82 ss.

[17] Sull'importanza del *tamen* e sulle ragioni del presunto dissenso, vd. M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157; A. WATSON, *The Acquisition of Young in the* usus fructus gregis, in *Iura* 12 (1961), p. 211; ed ora J. FILIP-FRÖSCHL, *Fetus et fetus et fructus* cit., pp. 99 ss. e *supra* pp. 97 ss.

[18] Vd. a riguardo, R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., pp. 120 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 89-91; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 237 ss.; L. AMIRANTE, *Usufructus gregis*, in *Studi in onore V. Arangio-Ruiz* III, pp. 281 ss.; A. WATSON, *The Acquisition of Young* cit., pp. 210 ss.; J. HAMMERSTEIN, *Die Herde im römischen Recht*, Göttingen (1975), in particolare pp. 66 ss.

[19] Per la paternità sabiniana dei *tria genera corporum*, vd. R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano* cit., pp. 130 ss.

[20] Fondamentali a riguardo sono le precisazioni di G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., p. 238; vd. altresì M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 ss.; J. HAMMERSTEIN, *Die Herde* cit., pp. 66-67; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 110. Contrario, invece, ad una autonoma configurazione del *fructus gregis* è l'AMIRANTE, *Usufructus gregis* cit., p. 285, in base ad una concezione strettamente naturalistica del *fructus gregis* come tutti i nuovi nati delle pecore

C. *La nozione di frutto come «reddito-netto» nella restituzione dei frutti dotali*

Rubrica *De dotis fructu*[21]

[D. 24, 3, 7 pr. Ulp. *l. 31 ad Sab.*]
Sab. : *Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt*[22].

Nell'obbligo di restituzione della dote in caso di scioglimento del vincolo matrimoniale rientrano anche i frutti di essa[23]. Sabino sancisce la regola di una loro restituzione nel valore al netto tolte le spese, facendo perno su una definizione dei frutti dotali[24]. È chiaro che una tale concezione presuppone maturata una nozione di frutto come utilità economica in termini pecuniari ricavata dalle cose prodotte o anche solo lucrate dai beni dotali. Essa rappresenta la prima definizione di frutto come utilità al netto tolte le spese, idea che Labeone aveva soltanto timidamente avanzato nell'ipotesi del mandatario (D. 17, 1, 10, 9 su cui *supra* pp. 177 ss.)[25]. Si mantiene, per altro, una terminologia 'concreta', nel senso che si considerano frutti soltanto quelli residui una volta sottratte le spese. All'intuizione del frutto delle cose dotali come «reddito-netto», risultato di un'operazione contabile, non si accompagna ancora una piena consapevolezza delle implicazioni dogmatiche del concetto (vd. a riguardo *infra* pp. 200 ss.; 215 ss.; 312; 326 ss.).

Si può pensare che come l'*aequitas* (concretizzata nella formula dell'*actio rei uxoriae* in termini di *aequum et bonum*)[26] abbia fondato la spettanza dei frutti della dote al marito in costanza di matrimonio in quanto sostiene gli oneri matrimoniali (Ulp. D. 23, 3, 7 pr.), così, una volta sciolto il matrimonio, la stessa *aequitas* abbia imposto la compensazione tra *fructus* e *impensae* sostenute per la loro produzione per fissare l'entità dei frutti oggetto di restituzione da parte del marito.

Le parole di Sabino, però, evocano una concezione in parte diversa, che fonda la ragione della regola su un predeterminato significato di frutto dei beni dotali oggetto di restituzione sciolto il matrimonio, che appunto viene così definito, tale da giustificare l'uso del verbo *constare*[27].

facenti parte del gregge che sarebbero come tali acquisiti all'usufruttuario, il quale sarebbe poi obbligato, coerentemente all'*uti frui boni viri arbitratu*, ad effettuare la *summissio*. In astratto, potrebbe essere stata quella proposta dall'A. la via originaria per dare rilevanza giuridica alla conservazione del valore in sé autonomo, a prescindere dai singoli capi, dell'insieme di animali (qualcosa forse si potrebbe desumere da Cat. *De agri cult.* 150 "*fructum ovium hac lege venire oportet*" ed in particolare dalla discussa clausola «*agnos XXX ne amplius promittat*»; sulla quale vd. qualcosa nel mio, *L'obbligazione di* «praestare» cit., pp. 93 ss.). Al tempo di Sabino, però, non c'è dubbio che la regola della *summissio* determinasse anche il concetto, in uso metaforico, del frutto del gregge, come ogni 'reddito' di esso, e tale, rispetto ai nuovi nati, poteva essere considerato solo quello restante dopo la sostituzione dei capi morti o 'inutili'.

[21] Per l'esistenza di questa *R.* vd. F. Schulz, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 71 [= pp. 253-254]; O. Lenel, *Das Sabinussystem* cit., p. 64 e 92 [=p. 64 e 92]. *Contra* R. Astolfi, *I* tres libri iuris civilis cit., pp. 132-133; e p. 239, che, non ritenendo probante D. 24, 3, 7 pr., accentua il collegamento di D. 23, 3, 7 pr. -1 con PS. 2, 22, 1 ascritto nella *R. De rebus in dotem datis.* Ciò, però, secondo M. Bretone, Rc. ad Astolfi, in *Iura* 34 (1983), p. 220, riflette una valutazione «sbrigativa» dell'esegesi di D. 24, 3, 7 pr. fatta dallo Schulz.

[22] Che si tratti di lemma sabiniano è reso altamente verosimile dal commento alla parola *impensa* al § 16, dove Ulpiano cita Pomponio, probabilmente dai suoi libri *ex Sabino* (*impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est*) (vd. F. Schulz, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 71 [= p. 254]; e ora G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 339-340 n. 29) e dal coerente commento di Paolo *l. 7 ad Sabinum* D. 24, 3, 8, 1 (*quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est*). Sul punto non convince lo scetticismo dell'Astolfi, *I* libri tres iuris civilis cit., p. 132 e 239.

[23] Sulla spettanza al marito, nella costanza di matrimonio, dei frutti al fine di sostenere, secondo una logica che si fa risalire all'*aequitas*, gli *onera matrimonii*, vd. D. 23, 3, 7 pr.; vd. a riguardo ad es. F. W. Tigerström, *Das römische Dotalrecht*, Neudruck Ausg. Berlin 1831 (Aalen 1983), pp. 202 ss.; R. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Roma (1972, rist. anast. dell'ed. Firenze 1889), pp. 40 ss.; A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der* actio rei uxoriae, Köln-Wien (1969), p. 36 e 117 sg. Sulla restituzione dei 'frutti' e sulla portata generale del principio *fructus intelleguntur deductis impensis* vd. M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 101 e n. 4.

[24] Il Martini, *Le definizioni* cit., p. 340 n. 537 la qualifica una definizione «modesta». Bisogna però tener conto che essa è la prima definizione del frutto come reddito-netto, tolte le spese.

[25] È questo il significato che per il Petrażycki, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 143 ss., 150 ss., assume un ruolo centrale per ricostruire la nozione di frutto come *Einkommen*, pur se entro un modello che si appiattisce storicamente su uno solo dei significati che le fonti tramandano. Di «effettiva utilità», di «prodotto netto=reddito» parla il Riccobono, *Distinzione delle* impensae cit., pp. 80 ss.

[26] Vd. a riguardo O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., pp. 30 ss.; G. Grosso, *Ricerche intorno all'elenco classico dei* 'bonae fidei iudicia' I. Iudicium rei uxoriae, in RISG. 3 (1928), pp. 3 ss. (estratto); A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der* actio rei uxoriae cit., pp. 137 ss.; D. Mantovani, *Le formule* cit., p. 53 e num. 183 e 185.

[27] Sul significato del verbo nel senso di "bestehen" vd. Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9] cit., p. 98.

D. *In D. 5, 3, 36, 5, rispetto alla restituzione dell'eredità da parte del possessore, si ribadisce la definizione di frutto come «reddito-netto»*

Anche in materia di *restituere* nella *hereditatis petitio,* si conferma la maturazione in Sabino di una nozione di frutto come reddito-netto escluse le spese.

> Paul. *libro vicensimo ad edictum* D. 5, 3, 36, 5
> *Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placet*[28].

La nozione di frutto come reddito ricavato dalla cosa detratte le spese sostenute per la sua produzione e conservazione è nella testimonianza di Paolo ripetuta, con una maggiore consapevolezza delle conseguenze concettuali della definizione (*fructus intelleguntur*), seguendo a riguardo proprio la terminologia di Sabino sull'*instrumentum fundi* (vd. D. 33, 7, 8 pr. dove si cita Sab. *libri ad Vitellium*)[29]. Sono da intendersi[30] frutti oggetto di restituzione nella *hereditatis petitio* (a cui è dedicata questa parte del commentario edittale di Paolo) solo quelli da cui sono state dedotte le spese erogate per la loro produzione, raccolta e conservazione. La necessità di precisare cosa rientri nei frutti, è probabilmente collegata alla regola che *fructus omnes augent hereditatem*, regola presupposta dal parere di Sabino. Quest'ultimo, però, viene riletto da Paolo, dopo il *SC Iuventianum*, come inerente il commento a questo[31].

La coerenza con D. 24, 3, 7 pr. conferma come la regola fosse collegata alla nozione di frutto come reddito-netto, in rapporti dove v'è una separazione tra chi ha sostenuto le spese del processo produttivo e della conservazione (marito o possessore dell'eredità convenuto) e chi, invece, ha diritto alla restituzione dei frutti prodotti (moglie *soluto matrimonio* o *heres*). Da ciò la necessità di precisare l'utilità economica al netto, mediata dal valore pecuniario da essa espressa una volta sottratte le spese.

Fondamentale, però, dal punto di vista di questa ricerca, è la frase successiva nella quale Paolo dà una notizia preziosa per comprendere la *ratio* della regola. Infatti, per Sabino, la *naturalis ratio* postulerebbe tale conclusione non solo rispetto ai possessori di buona fede, ma addirittura rispetto a quelli di mala fede[32]. Ciò significa che il convenuto con *hereditatis petitio*, sia egli in buona o mala fede, ha comunque diritto a sottrarre al valore dei frutti oggetto di *restitutio* le spese sostenute.

La regola, quindi, è fondata su un 'ordine naturale delle cose' che impone di considerare frutto di una cosa l'utile al netto, e non una conseguenza della *bona* o *mala fides* del possessore[33].

E. Vat. *72, 2 conferma lo svilimento del requisito della periodicità*

Si è già visto in relazione a Labeone citato da Ulpiano in D. 7, 1, 7, 1, come probabilmente proprio Sabino (*placuit*) ascrivesse nel *reditus ex aedibus* anche la casa del vicino che l'usufruttuario avesse occasionalmente acquistato in proprietà in conseguenza della *missio ex secundo decreto* qualora quello persistesse nel non prestare la *cautio damni infecti.* Qui è assente il requisito

[28] Sul passo vd. S. Riccobono, *Distinzione delle* impensae cit., pp. 81-82; G. Beseler, *Beiträge zur Kritik VI.* cit., p. 295 [*expostulare*]; M. Kaser, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS. 70 (1953) R. A., p. 155 e n. 94 [*naturalis ratio*]?; ma per la genuinità Id., *Restituere*[2] cit., p. 101 e n. 4, e in generale sulla compensazione delle spese e dei frutti nel tempo del processo, pp. 99 ss.; vd. altresì Id., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 116 e n. 137; A. d'Ors, *Replicas Panormitanas IV*, in *Iura* 25 (1974), p. 41; su Bojarski, *Pozytki naturalne* cit., che tratterebbe del passo nel X cap., pp. 146 ss., vd. A. Polaček, Rc. cit., in ZSS. 98 (1981) R. A., p. 521; Ph. Didier, *Les diverses conceptions du droit naturel* cit., p. 239 e n. 299 (che imputa la *naturalis ratio* a Paolo); I. Reszczyński, Impendere, Impensa, Impendium (*sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in SDHI. 55 (1989), p. 215 n. 127; M. Wimmer, *Besitz und Haftung* cit., p. 111 n. 485; M. Müller-Ehlen, Hereditatis petitio. *Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien (1998), pp. 428 ss.; 436 ss.

[29] Sul punto vd. ora, con ampi approfondimenti, M. A. Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'*instrumentum fundi cit., pp. 44 ss.

[30] L'*intellegere* di Paolo sembra voler accentuare il *genus definitionum* così realizzato (Cic., *Top*. 25-26), svilendo il significato oggettivo che invece a Sabino sembra potersi ricondurre in base al *constare* in D. 24, 3, 7 pr.

[31] Vd. M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio* cit., pp. 428 ss., in particolare sul rapporto complesso tra possessore di buona e mala fede, con interpretazione giustamente conservativa.

[32] Sulla *naturalis ratio* e Sabino vd. P. Stein, *The Development of the Notion of* 'naturalis ratio', in *Daube Noster*, (1974), pp. 305 ss. Accentua l'importanza della *naturalis ratio* nel pensiero di Sabino, M. Bretone, Rc. ad Astolfi cit., p. 223.

[33] È evidente in questo caso la distanza tra *naturalis ratio* e *natura* come momenti fondanti la nozione di *fructus*, quasi a materializzare la distanza tra la antica concezione naturalistica e quella oramai maturata all'età di Sabino.

della periodicità e lo stesso rapporto di derivazione è caratterizzato da un meccanismo processuale di natura sanzionatoria.

Anche rispetto ai premi vinti dagli schiavi gladiatori emerge il superamento del criterio della periodicità.

> Ulp. *XVII ad Sabinum;* Vat. 72, 2
> *Iidem* (scil. *Sabinus et Cassius*) *fructum operae] gladiatoriae eius us[que ad praemia fructuario puta]nt competere posse, ut vero pug[net, cogi non posse...*

Per Sabino l'usufruttuario può costringere lo schiavo a prestare *operae* ed in tal modo a produrre reddito (D. 7, 1, 23, 1; *Vat.* 72, 1)[34]. A monte vi è una mentalità radicata nella coscienza sociale che vede negli schiavi una fonte di produzione di ricchezza.

Rispetto a tale problematica è altamente significativa la notizia pervenuta attraverso *Vat.* 72, 2, in base alla quale se lo schiavo sia un gladiatore, nel reddito derivante dalle *operae gladiatoriae* sarebbero rientrati persino i premi da questo vinti nei combattimenti nell'arena (*pugnare*)[35]. A differenza però della nave in usufrutto, il cui godimento include anche l'eventuale uso di essa nella navigazione pur in presenza di un *periculum naufragii*[36], l'usufruttuario, nel caso del gladiatore, non potrebbe costringerlo ai combattimenti. La motivazione risiede nel fatto che l'uomo a differenza della nave è suscettibile di altri usi rispetto a quello pericoloso.

[34] Si tratterebbe, quindi, come in *Vat.* 72, 1, anche in *Vat.* 72, 2 di un responso di Sabino trascritto da Cassio nei suoi libri *De iure civili*.

[35] *Praemium* non è attestato dalla fonte, in questa parte mutila. Esso è stato però inserito dai moderni editori perché è sicuramente ai 'premi' eventualmente vinti nei Ludi gladiatorî che si sta pensando come 'reddito' delle *operae gladiatoriae*, come d'altronde provano l'*usque* e il *pugnare*, al di là del termine poi effettivamente utilizzato da Sabino (*praemium, pretium, reditus, quaestus* ecc. o, come ipotizza il LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 110 *ad lusus et similia*, che pur spostando il significato della frase dai redditi ricavabili ai ludi gladiatori, implicitamente conferma la lettura qui proposta).

[36] D. 7, 1, 12, 1 Ulp. *17 ad Sab.* : *Navis usu fructu legato navigandum mittendam puto, licet naufragii periculum immineat: navis etenim ad hoc paratur, ut naviget. Vat.* 72, 2: idem et Sabinus, quamvis navis *usu fructu legato navigatum mittendam put*et, licet naufragii pericu*lum immineat:... n*aves enim ad hoc parantur *ut navigent; homine autem aliter uti possumus.* Il passo viene solitamente esaminato in relazione a questa problematica, vd. ad es. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 251; e più di recente R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS. 100 (1983) R. A., p. 432 e n. 392; P. VOCI, Diligentia custodia culpa. *I dati fondamentali*, in SDHI. 56 (1990), p. 107. In relazione al *fructus servi* vd. O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 75 n. 70.

Dal mio punto di vista, l'inclusione dei premi vinti nei combattimenti nelle cose che spettano all'usufruttuario significa considerarli cose che lo schiavo gladiatore acquista (*quod ex operis adquirit* in D. 7, 1, 23, 1). Il fatto che Sabino e Cassio lo considerino un caso limite (*usque*), dimostra che essi ne verificano il rapporto con il frutto degli schiavi, proprio perché i premi eventualmente vinti nei Ludi gladiatorî non possono considerarsi il normale reddito dello schiavo gladiatore. Manca la «periodicità», in quanto il reddito percepito dal bene in godimento è caratterizzato da *spes*, un *donum fortunae* come il premio conseguente alla vittoria nei giochi dell'arena. Tale tensione, espressa dall'*us[que]*, è coerente con uno sforzo interpretativo teso ad ascrivere questo reddito nel *fructus*.

Ciò riflette momenti di incoerenza nell'adeguamento delle regole esistenti e nella determinazione dei limiti della nuova nozione di frutto dello schiavo, che ha oramai superato la meccanicità del processo di produzione naturale, e naturalisticamente concepito.

2. *La nozione di frutto in Cassio è coerente a quella di Sabino*

A. *Svilimento del requisito della periodicità: il* reditus aucupiorum et venationum, *sebbene occasionale, spetta all'usufruttuario come* fructus fundi *D. 7, 1, 9, 5*

> Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D. 7, 1, 9, 5
> *Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum.*

La testimonianza va letta entro il contesto del discorso di Ulpiano. Essa, infatti, è così illuminata nel suo rapporto col lemma sabiniano ricordato in D. 7, 1, 9 pr. in materia di usufrutto del fondo: *si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est. sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur*[37]. Dal tenore della citazione, Ulpiano

[37] La necessità di contestualizzare la citazione di Cassio nel discorso che Ulpiano sta svolgendo è ribadita tra gli altri da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 2, p. 79; G. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in BIDR. 53-54 (1948), p. 291; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 180; P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali* cit., p. 7 (per un collegamento tra ordine degli argomenti dei §§ 1-6 di D. 7, 1, 9 e Gai. 2, 66-75 sui modi d'acquisto della proprietà); G. POLARA, *Le* venationes cit., pp. 22-23 e n. 18; approfonditamente pp. 224 ss.; G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., pp. 299 ss.

leggeva nei *libri iuris civilis* di Cassio[38] la seguente affermazione: *aucupiorum quoque et venationum reditus ad fructuarium pertinet*[39], il che letteralmente significa la spettanza all'usufruttuario anche del reddito dell'*aucupium* e della *venatio*. Bisogna altresì tenere in conto la regola ricordata da Giuliano (D. 22, 1, 26) in rapporto alla *venatio,* esclusa di regola dal *fructus fundi*.

Aucupium e *venatio* ricorrono nel latino classico, inizialmente, nel senso di esercizio della caccia agli uccelli e alla selvaggina, poi in uso metonimico nel senso di uccellaggione e selvaggina[40]. Rispetto alla questione dell'*omnis fructus fundi* del lemma sabiniano, ed in particolare dello svolgimento interpretativo insito nel *quidquid inde percipi potest*, l'uso da parte di Cassio del concetto di *reditus* è pregnante e permette di accordare agli *aucupia* e alle *venationes* nel passo il senso di uccelli e selvaggina catturati nel fondo, in relazione al *quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est* di Sabino[41].

Cassio non dice che gli animali catturati nel fondo in usufrutto sono come tali frutti del fondo, ma che lo è il reddito che da essi l'usufruttuario del fondo ricava[42]. Il *reditus aucupiorum et venationum* esprime le entrate economiche lucrate dall'usufruttuario del fondo vuoi in base ad un'*emptio spei* conclusa col cacciatore, vuoi in base ad una concessione previo corrispettivo di accedere nel fondo a scopi venatori[43].

A riguardo, mi sembra da condividere la linea interpretativa che esclude si tratti dell'usufrutto di un fondo destinato sistematicamente alla *pastio villatica* dal *dominus*[44], perché altrimenti, quanto meno all'età di Cassio, la questione non avrebbe posto di per sé il problema interpretativo di ricondurre il *reditus aucupiorum et venationum* negli acquisti dell'usufruttuario. L'esistenza di una particolare destinazione economica del fondo, appunto la *pastio villatica*, avrebbe facilitato la configurazione del reddito sostitutivo dell'uccellagione e della selvaggina catturate nel fondo in usufrutto come un frutto periodico dello stesso (così ad es. l'eccezione alla regola in Iul. D. 22, 1, 26)[45]. Cassio, invece, si pone il problema degli occasionali, e non periodici, redditi derivanti dalla caccia di uccelli e selvaggina nel fondo in usufrutto. Egli ha forse presente un terreno nel quale il *fructuarius* lascia che, talvolta, terzi caccino la selvaggina dietro corrispettivo. Il reddito percepito, né periodico, né sicuro, viene comunque considerato un frutto che può percepirsi dal fondo.

A questa interpretazione si adegua l'integrazione ulpianea in rapporto al reddito derivante dalla pesca. Anche in questo caso si computa nei frutti del fondo un reddito occasionale che da esso l'usufruttuario può ricavare, non collegato al tipo di produzione economica a cui esso è destinato.

[38] Accentua l'insistenza di Ulpiano nel libro diciasettesimo *ad Sabinum* sull'VIII *liber iuris civilis* di Cassio, F. Bona, *Sulla fonte di Cicero*, De oratore *I, 56, 239-240* cit., p. 465 n. 128; Id., *I* libri iuris civilis *di Cassio e i* libri ex Cassio *di Giavoleno*, in SDHI. 50 (1984), pp. 452-453.

[39] Le parole *ergo et piscationum*, considerate forse troppo frettolosamente da Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., II, 2, p. 44, come interpolate, sono di Ulpiano (vd. esattamente G. Lombardi, *Libertà di caccia* cit., p. 291). Sull'importanza della piscicoltura vd. ora M. Fiorentini, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, in *Index* 24 (1996), 143 ss.

[40] Riguardo l'uso metonimico si vd. *Th. L. L.* 'Aucupium', II, 6 (1977) col. 1238; *Oxford Latin Dict.*, p. 207 e p. 2026. Nelle fonti giuridiche prevale il significato di attività venatoria; vd. Heumann-Seckel *Handlexikon*[9] cit., p. 44; 616; reagisce giustamente alla tendenza di assegnare un «significato generalizzante in presenza di fattispecie diverse» ai termini summenzionati G. Polara, *Le* venationes cit., p. 7 e n. 1; pp. 61 ss.

[41] Vd. G. Polara, *Le* venationes cit., p. 226; e G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 300-301.

[42] Seguo l'intepretazione che risale, tra i moderni, allo Schirmer, *Kennen die Römer ein Jagdrecht des Grundeigentümers?*, in ZRG. XI (1873), p. 312 contro la tesi del Brünneck, *De dominio ferarum quae illicte capiuntur*, Halle (1862) e del Wächter, *Das Jagdrecht und die Jagdvergehen*, in *Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfakultät Leipzig* I (1868), pp. 338 ss., che fondano un presunto diritto di caccia dell'usufruttuario contro il proprietario del fondo proprio in base a D. 7, 1, 9, 5; vd. anche le precisazioni di V. Scialoja, *Teoria della proprietà* cit., II, p. 37. Sulla dottrina più antica in materia vd. il Polara, *Le* venationes cit., pp. 28 ss.

[43] Per *reditus* si deve intendere 'ritorno economico' (di «pecuniären Gewinn» parla lo Schirmer, *Kennen die Römer* cit., p. 312), non quindi limitato alle sole mercedi locative (così Chr. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, IX Erlangen (1808), § 633, pp. 202-203 [= *Commentario alle Pandette di F. Glück*, tradotto e annotato da F. Serafini, Milano s. d., VII, p. 165]), ma altresì comprendente il prezzo derivante dalla vendita degli animali selvatici (così, escludendo però le mercedi locative, G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., p. 301).

[44] G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., p. 301.

[45] In questo caso, infatti, il *vivarium* non avrebbe «nessuna indipendenza nei confronti del fondo», ma sarebbe «il fondo stesso in quel suo specifico modo di essere», e sarebbe «chiaro, allora, perché... i frutti delle *venationes* possano dirsi frutti del fondo»; L. Amirante, Rc. a Polara cit., p. 259. Di «selvaggina allevata» come «frutto del fondo sempreché questo fosse economicamente sfruttato come vivaio» parla, invece, il Polara, *Le* venationes cit., pp. 109 ss.; p. 252. Pensa a *venationes* ed *aucupia* nel senso di attività stabilmente esercitate nel fondo, anche in relazione all'affermazione di Cassio in D. 7, 1, 9, 5, G. Lombardi, *Libertà di caccia* cit., p. 291-292. Sull'ascrivibilità degli uomini e dei mezzi preordinati alla cattura degli animali selvatici nell'*instrumentum fundi*, se il *quaestus/reditus fundi ex maxima parte in venationibus constat* Paul. D. 33, 7, 22; PS. 3, 6, 4 vd. G. Lombardi, *op. ult. cit.*, pp. 277 ss.; ed ora M. A. Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'*«instrumentum fundi» cit., pp. 253 ss.

B. *Secondo Cassio la carne del* fetus demortuus *spetta all'usufruttuario dell'animale che lo genera. Rilettura di Ulpiano di questa spettanza in termini di* commodum, *corrispettivo del* periculum, *spettante all'usufruttuario del gregge rispetto ai nuovi nati morti prima della* summissio *D. 7, 1, 70, 2*

> Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D. 7, 1, 70, 2
> *Secundum quae si decesserit fetus, periculum erit fructuarii, non proprietarii et necesse habebit alios fetus summittere. unde Gaius Cassius libro octavo scribit carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere.*

All'interno della problematica dell'usufrutto del gregge e della *summissio ex adgnatis*, Ulpiano ricorda la regola in base alla quale il pericolo della morte dell'animale appena nato, avvenuta prima della *summissio*, spetta all'usufruttuario[46], e perciò egli sarà tenuto ad effettuare la sostituzione dei capi adulti morti o inutili con *alii fetus*[47]. Per Ulpiano sarebbe questa la ragione in base alla quale Cassio ritenne che la carne del *fetus demortuus* spettasse all'usufruttuario[48].

Bisogna chiarire se la lettura fatta da Ulpiano sia corretta[49]. Il contesto della regola di Cassio, infatti, potrebbe essere diverso dalla tematica del *fructus gregis* e della *summissio*, nella quale Ulpiano la colloca. Il fatto che il giurista severiano, giustificata la spettanza del *fetus demortuus* all'usufruttuario del gregge in base alla regola che *commodum eius esse debet cuius periculum est*, senta poi la necessità di ascrivervi la *ratio* del cassiano *carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere* depone per una certa difficoltà di comprensione di esso. Ulpiano avrebbe in sostanza realizzato un *rationem reddere* del parere di Cassio, agganciandolo alla tematica dell'usufrutto del gregge[50]. In base al tenore letterale della citazione di Cassio, ove non ricorre né la parola *fructus*, né quella di *reditus* per qualificare la carne del *fetus demortuus*, la spettanza di essa all'usufruttario non si fonda su una sua ascrivibilità nel *fructus gregis* (se si segue la lettura fattane da Ulpiano) o nel *fructus pecudum* (ipotizzando che Cassio stesse trattando dell'usufrutto del singolo animale). Nel primo caso, è ragionevole pensare che anche il maestro sabiniano ritenesse la carne del *fetus demortuus* non un *fructus gregis,* ma un *commodum* compensativo del *periculum* della morte del nuovo nato che è accollato all'usufruttuario del gregge prima della *summissio*[51].

Rispetto, invece, all'usufrutto del singolo animale, una sicura esclusione della carne dal *fructus pecudum* è discutibile. Tanto più che la destinazione al soddisfacimento delle necessità alimentari di una parte dei nati dall'animale in usufrutto doveva esser normale. È cosa diversa, come in Gaio D. 7, 4, 30 (su cui *infra* pp. 253 ss.), escludere la carne e il pellame ricavati dallo stesso animale in usufrutto dai suoi frutti, in quanto tali prodotti non sono da esso separabili senza intaccarne la sostanza, ed anzi presupponendo il suo perimento. Ma l'ipotesi di Cassio attiene alla morte dell'agnellino della pecora, o del vitellino della mucca in usufrutto. Dietro il *carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere* del maestro sabiniano potrebbe, quindi, celarsi una sua ascrivibilità nel *fructus pecudum*[52].

[46] Non mi sembra coerente al quadro storico ricostruibile in materia di *summissio*, ritenere che in base al passo in esame sia stato Cassio per la prima volta ad imporlo all'usufruttuario del gregge (R. Astolfi, *I* tres libri iuris civilis cit., p. 83). Vd. a riguardo le precisazioni di J. Hammerstein, *Die Herde* cit., p. 80.

[47] Vd. J. Hammerstein, *Die Herde* cit., pp. 117-118 e n. 239 dove altra letteratura.

[48] Sulla genuinità del passo, i dubbi proposti dal Beseler, *Beiträge* cit., II, p. 117 su [*secundum-summittere*], sono ora convincentemente superati dalle esegesi del L. Amirante, *Usufructus gregis* cit., p. 299 e n. 34; G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 245-247 e p. 245 n. 1 e p. 247 n. 2 (sebbene non lo ritenga esente da un'opera di riassunto da parte dei compilatori); R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova (1969), p. 319 n. 77; J. Hammerstein, *Die Herde* cit., pp. 68-69; 117 ss. e n. 238.

[49] Per la Hammerstein, *Die Herde* cit., pp. 118-119, l'*unde* non andrebbe collegato a quanto Ulpiano ha appena detto, ma alla L. 70, 1 sull'obbligo alla *summissio* e sulla teoria giulianea del *dominium* pendente. Quindi la riflessione di Cassio non andrebbe posta in relazione «auf die Gefahrtragung..., sondern auf die trotz Verendens einzelner Jungtiere weiter bestehende Summissionspflicht». In questo senso, pur non facendo perno sull'*unde*, vd. anche R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., p. 128. A me sembra, però, che proprio il tenore della citazione di Cassio confermi l'uso dell'*unde* come collegato a quanto Ulpiano ha appena detto e quindi la coerenza della lettura ulpianea della *ratio* del pensiero del caposcuola sabiniano. In rapporto al *periculum* vd. peraltro G. MacCormack, *Further on* periculum, in BIDR. 82 (1979), p. 33. Accentua l'applicazione della regola *commodum eius esse debet cuius periculum est* già L. von Petražycki, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, p. 103.

[50] Il Lenel, *Palingenesia* cit., I, L. 7, col. 110, sembra propenso a riportare a Cassio la testimonianza da *si decesserit*. Non mi sembra però che il tenore di essa confermi la sicurezza dell'ipotesi, dato che l'infinitiva (*alios fetus summittere*) non esprime un discorso indiretto, ma è la conseguenza dello stilema *necesse habebit*.

[51] Sulle ragioni dell'accollo del *periculum* all'usufruttuario prima della *summissio* può aver avuto un ruolo importante l'appartenenza in termini di dominio del *fetus* prima della sostituzione (così, L. Amirante, *Usufructus gregis* cit., p. 299). Ma voler dedurre da ciò che Cassio sicuramente riconoscesse all'usufruttuario l'immediata proprietà del nato (contro la teoria della pendenza di Giuliano), salvo poi l'obbligo di sostituirlo con i capi morti o inutili del gregge, non si può dire con sicurezza, dato che Cassio dà una soluzione solo rispetto al *fetus demortuus*; vd. le precisazioni puntuali di G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 245.

[52] La più sfumata prospettiva (*ad fructuarium pertinere*) è peraltro coerente a D. 7, 1, 68, 1, il che potrebbe anche in questo caso far ipotizzare discussioni.

C. *L'inclusione delle* usurae *percepite dal prestito di una somma di danaro nel cd. quasi-usufrutto da parte di Cassio non è condizionata dalla nozione di frutto D. 7, 5, 3*

> Ulp. *libro octavo decimo ad Sabinum* D. 7, 5, 3
> *Post quod* [scil. *senatusconsultum*] *omnium rerum usus fructus legari poterit. an et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras.*

Ulpiano ricorda alcune discussioni in rapporto all'emanazione del senatoconsulto sul cd. quasi-usufrutto[53]. Dopo di esso il testatore potrà disporre con legato d'usufrutto di tutte le *res* contenute nel suo patrimonio.

Il dubbio sull'*ususfructus* del credito pecuniario non è, peraltro, esclusivo del *ius novum* introdotto col *senatusconsultum,* come si è visto in D. 50, 16, 121. Ma l'emanazione di quest'ultimo, certamente, rimette in discussione la regola elaborata dalla *interpretatio prudentium* che nega efficacia all'usufrutto del credito pecuniario del patrimonio ereditario, data l'inconfigurabilità delle *usurae* come frutti del credito. In particolare, nell'interpretazione giurisprudenziale successiva al SC s'impone la prospettiva delle *omnes res, quae in patrimonio sunt*[54], come comprensive o meno anche dei crediti di danaro, cioè della *pecunia credita* dell'*hereditas*[55].

[53] Sul passo soprattutto: F. Steinberger, *Ueber den* usufructus nominis, in *Z. Civilr. Prozeß*, N. F. 11 (1854), in particolare pp. 156-157; Duncker, *Bemerkungen zu den Nießbrauch an Forderungen*, in *Arch. f. prakt. Rechtsw.* 6 (1859), in particolare pp. 99 ss.; G. Renard, *Contribution à l'étude de l'autorité législative du sénat romain. Le sénatusconsulte sur le quasi-usufruit*, Thèse, Paris-Náncy (1898), pp. 80-81; M. Pampaloni, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in BIDR. 19 (1907), pp. 115 ss.; F. Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, I, Palermo (1912), pp. 79 ss.; G. Grosso, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR. 43 (1935), pp. 236 ss. in particolare 244-245 n. 1; Id., *Usufrutto*[2] cit., pp. 421 ss.; G. Pugliese, *Usufrutto* cit., p. 730 e n. 4; M. Talamanca, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata, cit., in particolare pp. 671 ss.; G. Crifò, *Il suicidio di Cocceio Nerva* cit., in *Studi Scherillo* I, pp. 436 ss.; Id., *Studi sul quasi-usufrutto* cit., I, pp. 30 ss.; G. Giliberti, *Legatum kalendarii*, Napoli (1984), pp. 60-61 e n. 56; M. van Gessel - de Roo in Aa. Vv., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks* in bonis alicuius esse/ in bonis habere *im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 104 (1987) R. A., p. 270 n. 118; O. Behrends, Rc. a Baumann, in ZSS. 108 (1991) R. A., p. 434 n. 3.

[54] Ulp. *18 ad Sab.* D. 7, 5, 1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit*. Sul complesso rapporto tra produzione del diritto e attività giudiziaria del Senato evocata dal *Senatus censuit*, vd. F. Arcaria, *Senatus censuit*, Milano (1992), pp. 140 ss.

[55] A riguardo, mi sembra importante Papiniano D. 33, 2, 24 pr. (su cui vd. *infra* pp. 262 ss.).

Nerva padre, se consideriamo degna di fede la struttura del discorso di Ulpiano, si pone da questo punto di vista per rispondere alla domanda *an et nominum*?[56].

L'esclusione dei *nomina* da parte di Nerva dal disposto del *SC.* è stata variamente spiegata in dottrina. Alcuni autori accentuano la natura 'incorporale' dei *nomina* e quindi la loro esclusione dalle *omnes res* del SC.[57]. Per altri autori la soluzione di Nerva sarebbe condizionata dalla mancata maturazione per quest'epoca di una cessione del credito a terzi, e non al debitore, che non fosse cioè una forma di remissione del debito, o come nel caso specifico di D. 7, 5, 3 in fine, remissione degli interessi dovuti[58]. All'interno poi di un rinnovato approfondimento biografico del giurista, si è accentuata una possibile presa di posizione politico-economica di Nerva contro i provvedimenti di Tiberio in materia di crediti ad interessi, conclusasi nel suicidio del giurista[59].

[56] Il Talamanca, *Intorno* cit., pp. 677-678 n. 147 ha accentuato l'impossibilità di «accertare le ragioni del diverso atteggiamento di Nerva». Certamente la sinteticità della notizia sul parere di Nerva impone prudenza nel ricercare la *ratio* che ha spinto il giurista a negare ai *nomina* di rientrare nella disciplina del senatoconsulto. Mi sembra, però, che forse possano cogliersi alcuni spunti utili, vuoi in base alla prospettiva del quesito, strettamente connessa al dettato normativo, vuoi alla critica che Ulpiano stesso fa all'ammissibilità, invece, da parte di Nerva di un legato d'*usus fructus nominis* a favore del debitore.

[57] G. Noodt, *De usufructu* cit., II, pp. 173-174; Chr. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., IX, §§ 643-644, p. 405 [= *Commentario alle Pandette* cit., VII, p. 369] che vi affianca l'impossibilità per quest'epoca della cessione del credito a terzi; G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 421 ss.; G. Pugliese, *Usufrutto* cit., p. 730 e n. 4; e più di recente M. van Gessel-de Roo in Aa. Vv., *Die verschiedenen Bedeutungen* cit., p. 270 n. 118; O. Behrends, Rc. a Baumann cit., p. 434 n. 3.

[58] G. Renard, *Contribution a l'histoire de l'Autorité législative* cit., pp. 80-81; F. Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano* cit., I, pp. 80-81.

[59] Tac., *Ann.* 6. 26, 1; Dio, 58. 21. 4 con D. 7, 5, 3; G. Crifò, *Studi sul quasi-usufrutto* cit., pp. 26 ss.; esprime dubbi su questo collegamento il Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München (1974), p. 106 n. 24. In particolare, la testimonianza di Cassio Dione, che assume nella tesi del Crifò un'importanza strategica, sembra al contrario provare che Nerva non volesse risolvere i gravi problemi finanziari del 33 d. C. con interventi eteronomi sui rapporti di credito, come invece aveva fatto Cesare nel 49 a. C.; vd. ora su questi interventi, ampiamente e con spunti originali, A. Saccoccio, *Un provvedimento di Cesare del 49 a. C. in materia di debiti*, in *L'usura ieri ed oggi* (*Atti del Convegno Foggia aprile 1995*), a cura di S. Tafaro, Bari (1997), pp. 101 ss. Il Baumann, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München (1989), pp. 71-73 e p. 72 n. 98, ritiene il suicidio del giurista dovuto al timore della persecuzione che aveva già colpito *Vasculanus Flaccus* e *Iulius Marinius*. Sullo scetticismo espresso dal Talamanca vd. *supra* n. 56.

Il nodo problematico sul quale si individua il dissenso tra Nerva da una parte e Cassio e Proculo dall'altra, verte sull'estendibilità anche all'*usus fructus nominis* della disciplina del SC. sul quasi-usufrutto.

La posizione di Nerva in D. 7, 5, 3 è vista da Ulpiano come interna all'interpretazione del dettato del SC. e, quindi, nella possibilità o meno di ascrivere i *nomina* nelle *omnes res in bonis* in esso previste.

La discussione evoca, allora, un momento di riflessione sul *nomen* come oggetto di un diritto d'usufrutto. La questione si complica per l'interprete per la problematica tipicamente moderna dei cd. diritti sopra diritti. A riguardo è stata sottolineata l'importanza della nozione romana di *res incorporalis* per comprendere la possibilità anche in questo caso di configurare un *ius in re*[60].

A me sembra che la difficoltà principale per chi si fosse posto nella prospettiva del *nomen* in termini di 'cosa' idealmente contenuta come attivo nel patrimonio ereditario sia data dall'impossibilità di effettuare la *traditio* delle *res* che il SC. condiziona alla prestata *cautio*. Un indizio in tale direzione è proprio la validità che, invece, Nerva *pater* riconosce al legato d'usufrutto del credito al proprio debitore, in quanto in questo caso non v'è effettiva cessione della *sors*, ma semplicemente l'obbligazione dell'erede di rimettere al legatario gli interessi dovuti (*remittendas ei usuras*).

Bisogna supporre che nel legato d'*ususfructus nominis* al terzo sarebbe stato, per Nerva, impossibile realizzare quel *res tradere cautionibus interpositis* (*Tit. Ulp.* XXIV, 27) essenziale per l'applicabilità del SC. sul cd. quasi-usufrutto, data la natura dell'oggetto dell'usufrutto (*nomen*). La giurisprudenza successiva supererà l'ostacolo applicando al legato d'usufrutto del credito pecuniario quegli strumenti indiretti elaborati per realizzare la cessione del credito tra vivi (I. 2, 20, 21), concretizzando il *tradere* nel *sortes dare* o *praestari*, nel senso di rendere disponibili al legatario le azioni inerenti la posizione creditoria nei confronti del debitore, sia nella gestione delle somme investite (riscossione degli interessi e delle somme stesse alla scadenza), sia nella facoltà di reinvestire le *sortes* recuperate dai crediti venuti in scadenza durante l'usufrutto.

[60] G. PUGLIESE, *Res corporales - res incorporales* cit., pp. 223 ss., in particolare pp. 246 ss.; ID., *Usufrutto*[2] cit., pp. 649 ss.

Come per Nerva, così la contrapposta soluzione di Cassio e Proculo[61] non è rilevante rispetto al rapporto tra nozione di frutto e interessi pecuniari. Essi, infatti, coerentemente all'adesione di Ulpiano, ritengono al contrario il *nomen* come suscettibile di usufrutto attraverso la *cautio* di restituzione del loro valore, con successiva cessione delle azioni al legatario. In particolare la critica che Ulpiano fa a Nerva avalla questa interpretazione. Egli coglie in Nerva un'incoerenza (espressa bene nell'*idem tamen Nerva... quoque... scribit*) tra inapplicabilità del SC all'*usus fructus nominis* in genere e sua limitata ammissibilità quando sia onorato lo stesso debitore. La differenza, dovuta al fatto che nel secondo caso non v'era alcuna cessione delle azioni a tutela del credito all'usufruttuario, ma solo una *remissio* degli interessi dovuti[62], non sembra giustificare per Ulpiano la diversa applicazione del regime del SC.

L'incoerenza segnalata da Ulpiano nel pensiero di Nerva ha una sua forza critica sul piano comune delle due ipotesi, cioè su quello dell'usufrutto del *nomen* e non rispetto all'*usura pecuniae* come *fructus*. L'incoerenza, infatti, non sarebbe nell'aver riconosciuto in un caso che gli interessi siano 'frutto' delle somme investite e nell'altro no, ma nell'aver riconosciuto che soltanto al proprio debitore possa *<nominis> usum fructum legari.*

Il punto di vista da cui Ulpiano guarda al *ius controversum* tra i capiscuola della prima età imperiale, quindi, presuppone un ragionamento che nel criticare Nerva, si fosse posto nella prospettiva dei *nomina* come *res* nel patrimonio del *de cuius* suscettibili di usufrutto secondo il dettato del SC.

[61] Al di là di una registrazione dell'esistenza dell'apertura operata da Cassio e Proculo, la dottrina non è d'accordo sulle ragioni di essa: il NOODT, *De usufructu* cit., II, p. 174, pensa ad una estensione del concetto di *bona* includente sia *actiones* che *nomina*, come risulterebbe da D. 50, 16, 49; accentuando l'innovazione introdotta dal SC, così anche il GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., IX, p. 406 [= *Commentario alle Pandette* cit., VII, pp. 369-370]; il PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi-usufrutto* cit., p. 117 pensa a ragioni economico-sociali, accentuando la funzione di legato di rendita del legato di credito ad interessi.

[62] Dare, invece, al legato d'*ususfructus nominis* al terzo il significato di semplice legato di rendita (vd. ad es. M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi-usufrutto* cit., p. 117) non è giustificato. Le fonti classiche, infatti, sono esplicite nell'accordare al legatario la disponibilità materiale e giuridica della *sors*, realizzata attraverso il trasferimento a lui del capitale eventualmente riscosso, oppure delle azioni a tutela del credito ereditario, a condizione della prestazione della *cautio*; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 422 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno* cit., pp. 672 ss. In concreto, però, non sappiamo se, a differenza che per Papiniano (D. 33, 2, 24 pr. vd. *infra* pp. 262 ss.), Cassio e Proculo vedessero nella *cautio* un'idonea garanzia per la realizzazione della disposizione del testatore in termini di trasferimento della *sors*; a riguardo vd. le precisazioni del rapporto tra D. 7, 5, 3 e D. 7, 5, 4 di Paolo - dove si parla di *cautio* - fatte dal TALAMANCA, *op. ult. cit.*, pp. 675 ss.

Non sembra emergere, invece, all'interno della discussione ricordata da Ulpiano una concezione che abbia condizionato l'applicabilità del SC ai *nomina* in base ad una estensione del concetto di frutto che contenesse anche gli 'interessi' maturati sulle *sortes* investite del patrimonio ereditario.

3. *Conclusioni: nuova nozione di frutto come ogni reddito, anche occasionale, che la cosa può dare, senza che se ne intacchi la sostanza. Nell'àmbito di obblighi di restituzione dei frutti (della dote o processuali) si accentua la commisurazione al netto di essi, tolte le spese*

L'esame congiunto del contenuto dei *tres libri iuris civilis* di Sabino e dei responsi e delle testimonianze attribuibili al giurista in materia di *fructus* confermano la maturazione di una nozione di frutto come ogni reddito della cosa (D. 7, 1, 7, 1). Ad essa si affianca una costruzione concettuale che ne rappresenta una specificazione, rispetto agli obblighi di restituzione dei frutti della dote e processuali, nella quale emerge sempre più chiaramente la connotazione di utilità economica nel suo valore netto, escluse le spese (D. 24, 3, 7 pr.; D. 5, 3, 36, 5).

Si coglie una linea di sviluppo del pensiero labeoniano, che aveva già intuito l'importanza della determinazione del reddito-netto. Non si sviluppa, invece, l'altra linea interpretativa presente nel giurista augusteo, che aveva incluso nel *fructus rei* ogni utilità che l'uomo può trarre dalla cosa.

All'interno della concezione sabiniana, che considera frutto ogni reddito che dalla cosa si ricava, si svilisce il requisito della periodica derivazione del frutto dalla cosa che lo genera. Anche un reddito occasionale che si trae dalla cosa si considera un suo frutto (D. 7, 1, 7, 1; *Vat.* 72, 2; D. 7, 1, 9, 5).

La nozione sabiniana di *fructus* è fondata sulla *naturalis ratio* (D. 5, 3, 36, 5). Si passa da una concezione di frutto come espresso dalla *natura*, di cui si fissano gli elementi caratteristici ma che rimane precostituita all'osservatore come categoria concettuale che ingloba le *res* che per natura le cose producono, ad una concezione fondata su un «criterio regolativo» nel quale è centrale l'uomo e gli usi economici che egli fa delle cose per produrre ricchezza.

La dinamica interpretativa espressa dai primi corifei della scuola sabiniana trova in *reditus* il suo momento essenziale (Sab. D. 7, 1, 7, 1; Sab. -Cass. *Vat.* 72, 2; Cass. D. 7, 1, 9, 5). In materia di usufrutto si approfondisce il legame, ancora non completamente interrotto, tra frutto, reddito e ciò che spetta all'usufruttuario. La tensione espansiva impressa al significato attraverso

questo legame viene nella sostanza per lo più ricondotta ancora nella sua estensione semantica, sebbene si manifestino già momenti di scissione, come ad es. tra contenuto dell'usufrutto dello schiavo e la nozione di *fructus hominis*. Le generazioni successive scioglieranno definitivamente questa tensione liberando il *quod ad fructuarium pertinet* dal significato di *fructus rei*, che resta il momento centrale dell'espressione del pieno godimento dell'usufruttuario, ma non esaurisce più le cose da questo acquistate dalla cosa in usufrutto.

I *libri tres iuris civilis* di Sabino incarnano a riguardo la fissazione sintetica del nodo problematico rappresentato dal rapporto tra frutto e reddito della cosa, all'interno di significati del primo che interessano trasversalmente gli istituti coinvolti, come la restituzione processuale, l'usufrutto e la dote. Cassio nel suo argomentare costantemente li evoca, ha presente le regole ivi fissate, non ne è, in sostanza, autonomo, ma la sua opera sembra con essi intessere un discorso[63], costruito anch'esso sugli approfondimenti permessi dalla nuova concezione di frutto come reddito in senso economico.

Non è facile, per altro, cogliere il senso dell'operazione realizzata dal maestro sabiniano Giavoleno rispetto ai *Posteriores* labeoniani (vd. *supra* D. 33, 2, 42, pp. 181 ss.). Il suo significato nella discussione della *secta* potrebbe voler esprimere un punto di vista diverso, quello di un collegamento del frutto all'uomo, che si ritiene necessario riaffermare all'interno di una concezione nella quale si tendeva a costruire una categoria giuridica fortemente dinamica e sbilanciata, tesa a rcomprendere ogni reddito, pur occasionale, che si può ricavare dalla cosa. Per quanto riguarda la nozione giuridica di frutto, Giavoleno potrebbe voler arginare queste tendenze espansive, un po' come farà Giuliano. Rimane quindi l'attestazione di possibili discussioni o punti di vista diversi compresenti nella scuola sabiniana, sebbene l'esatta portata di essi non è più precisamente determinabile.

[63] Il che si intreccia con il rapporto tra le attività dei due capiscuola sabiniani, non risolvibile su un piano di *successio* nella *secta*, bensì ben colto nella compenetrazione del lavoro svolto e della sua sovrapposizione, su piani d'influenza politici e sociali ben diversi; vd. a riguardo W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* cit., pp. 274 ss.; F. D'Ippolito, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli (1969), *passim*; D. Liebs, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in ANRW II 15, pp. 197 ss.; D. Nörr, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus* cit., pp. 2957 ss.

CAPITOLO V

GIULIANO COSTRUISCE UNA NOZIONE RIGOROSA DI FRUTTO COME NORMALE REDDITO DELLA COSA

SOMMARIO: 1. La nozione di frutto come «reddito-netto» per determinare i frutti da restituire D.10,2,51 pr. 2. La selvaggina catturata nel fondo non è un suo frutto, salvo non si tratti di fondo destinato esclusivamente alla caccia, rappresentandone allora il normale reddito D.22,1,26. 3. La nozione di frutto come reddito e sua influenza sulla definizione di *frugem pro reditu appellari* D.50,16,77. 4. Rapporto tra *fructus e usurae* come redditi leciti percepiti dalla cosa donata, lucrati dal coniuge donatario D.24,1,17 pr. 5. Il frutto come cosa corporale e l'evizione nella compravendita D.21,2,43 6. Superamento del principio di produzione e acquisto dei frutti come risultato della estensione della proprietà sulla cosa-madre D.22,1,25 pr.-1. 7. Conclusioni: la nozione rigorosa di frutto di Giuliano tende a conservare i requisiti della concezione naturalistica, adeguandoli alla nuova concezione economico-sociale: frutto è il reddito periodico che può ricavarsi dalle cose corporali tratte dalla cosa-madre senza intaccarne l'integrità, secondo la sua destinazione economica.

1. *La nozione di frutto come «reddito-netto» per determinare i frutti da restituire D.10, 2, 51 pr.*

> Iulianus *libro octavo digestorum* D.10, 2, 51 pr.
> *Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum: qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt. et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.*

Si tratta della *praeceptio* al figlio della dote non legata[1]. Viene dato in dote al suocero-padre del marito un fondo; egli istituisce coerede *pro parte* il

[1] Vd. sul punto R. Astolfi, *La* praeceptio *della dote non legata*, in *Labeo* 10 (1964), pp. 329 ss., in relazione al passo p. 331; Id., *Studi sull'oggetto dei legati* cit., I, p. 198; N. Palazzolo, Dos praelegata. *Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano (1968), p. 41, p. 89, p. 202.

figlio-marito. Giuliano afferma che nel giudizio di divisione del patrimonio ereditario, questo figlio, coerede, dovrà considerarsi come legatario *per praeceptionem* della dote[2]. Ciò significa che il fondo dotale acquistato al padre è escluso dalla divisione d'eredità, e spetta, indipendentemente dalla sua quota ereditaria, al figlio-marito.

La questione viene approfondita in relazione ai frutti percepiti dal fondo durante il *iudicium familiae erciscundae* e a quelli percepiti dallo stesso *ante litem contestatam*. Coerentemente all'equiparazione del figlio coerede, per quanto riguarda la dote, ad un legatario *per praeceptionem*, i frutti processuali spettano al figlio-coerede che si finge essere legatario del fondo dotale. I frutti percepiti dal fondo stesso *ante litem contestatam*, invece, spettano a tutti gli eredi in parti uguali. La differenza è coerente al momento acquisitivo di questo legato, cioè l'*adiudicatio* del giudice divisorio (Gai. II, 219). L'effetto costitutivo dell'aggiudicazione implica che, prima della *litis contestatio,* il fondo dotale sia parte dell'eredità e quindi i frutti che vi nascono *augent hereditatem* e non il fondo come tale. Di qui la divisione in parti uguali di essi a tutti i coeredi. Dopo la *litis contestatio*, invece, i frutti percepiti si considerano frutti dei singoli beni da cui si traggono e quindi spettanti ai futuri aggiudicatari di questi.

La precisazione relativa alle spese sostenute per la produzione dei frutti del fondo dotale è significativa per la nozione di frutto che essa sottende. Si tratta, infatti, anche per Giuliano della concretizzazione dei frutti da restituire nel loro valore netto, sottratte le spese, a prescindere dagli istituti coinvolti (restituzione processuale e restituzione dei frutti percepiti *ante litem contestatam*)[3].

Giuliano esprime chiaramente il calcolo delle partite passive (*ratio impensarum*) al fine di precisare il netto, la quota attiva, oggetto di restituzione. Mi sembra che l'accento sulla *ratio impensarum* indichi una maggiore consapevolezza in Giuliano del significato di frutto come reddito-netto, cioè un vero e proprio risultato contabile. Questa nozione è sentita dal giurista come regola, trattandosi di un *genus deductionis* che per nessuna ragione può essere impedito.

[2] In termini di finzione per il BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz (1965), pp. 160-161.

[3] Per lo SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* cit., p. 104 n. 2 si tratterebbe di un'interpolazione; così anche E. BUND, *Untersuchungen* cit., p. 161 n. 22. L'ipotesi dello Schulz è condizionata dalla tesi sostenuta e mi sembra contraddetta dalla maturazione di un'idea nella restituzione dei frutti in termini di reddito-netto già con Labeone e Sabino.

2. *La selvaggina catturata nel fondo non è un suo frutto, salvo non si tratti di fondo destinato esclusivamente alla caccia, rappresentandone allora il normale reddito D.22, 1, 26*

> Iulianus *libro sexto ex Minic.* D.22, 1, 26
> *Venationem fructu[s]* <*m*>[4] *fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.*

Anche di recente si è accentuata la sconnessione della costruzione che imporrebbe di introdurre cambiamenti al tenore letterale del passo[5].

A ben vedere, però, ritengo che esso possa essere considerato anche grammaticalmente corretto. Il responso, infatti, non è di Giuliano, ma di Minicio, allievo di Sabino[6]. L'ellissi del soggetto, quindi, è perfettamente coerente all'opera dalla quale il frammento è escerpito. Giuliano, nei suoi *libri ex Minicio*, omettendo il soggetto di *verba dicendi*, usa uno stilema naturale nel genere scelto e nell'opera escerpita[7].

[4] È questa l'ipotesi proposta dal VIR. V (1939), col. 1256 e condivisa da G. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., p. 295; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 180. Un riesame approfondito ha portato il POLARA, *Le* venationes cit., p. 246 a proporre una restituzione del testo che terrebbe conto di due interventi distinti dovuti all'attività di copiatura. Il primo, errore del copista che avrebbe fatto cadere la doppia ricorrenza di *fructus* nell'originale (*venationum ~~fructus~~ fructus fundi negavit esse*), il secondo, intervento del correttore sul *venationum* oramai privo di senso (*venationm*<*e*>*m fructus fundi negavit esse*). L'ipotesi è possibile. La ragione che mi spinge a non seguirla è di natura linguistica. Lo spostamento al plurale della *venatio* dell'apodosi cancella il gioco semantico costruito nella regola di Minicio, che riposa sull'ampiezza di significati del termine. Dal punto di vista del senso della regola, poi, la restituzione ipotizzata dall'A. non comporta conclusioni sostanzialmente divergenti rispetto a quelle da me proposte.

[5] Sul passo vd. G. LOMBARDI, *Libertà di caccia* cit., pp. 294 ss. (dove si discute la bibliografia più antica); e ora G. POLARA, *Le* venationes cit., p. 22 n. 17 e pp. 244 ss.

[6] Così già R. JHERING, *Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen*, in *Jahrbüch. f. d. Dogmatik* 23 (1885), p. 247; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit., II, p. 38. Vd. la traduzione del LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., p. 100 n. 10 e la traduzione olandese Corpus iuris civilis. *Tekst en Vertaling*, a cura di J. E. SPRUIT – R. FEENSTRA – K. E. M. BONGENAAR, III, Zutphen (1996), p. 718 «[*Minicius*] heeft...". Si può peraltro notare come da un punto di vista delle tecniche di copiatura, l'omissione di *Minicius* nel frammento tramandato in D. 22, 1, 26 può essere il risultato di una soppressione legata ad una reiterazione del nome alla fine dell'*inscriptio* (*Iulianus libro sexto ex Minicio [Minicius] venationem...*

[7] Pensare a Sabino, in quanto maestro di Minicio (H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *St. Bonfante* II, p. 335), ha senso soltanto se con ciò si intende dire che la regola enunciata dal secondo risalga al primo, il quale peraltro potrebbe in materia aver applicato un

L'ipotetica della possibilità tramandata da Giuliano in *oratio obliqua* dà ragione del *venationem* e dell'emendato *fructum*. Minicio, infatti aveva scritto che: *venatio fructus fundi non est, nisi fructus fundi ex venatione constet*.

Abbiamo visto nel precedente capitolo come Cassio (D.7, 1, 9, 5) avesse approfondito il problema dei redditi della selvaggina e dell'uccellagione catturati nel fondo in usufrutto. Egli era giunto a concludere che questi redditi, pur non ricavati sistematicamente dal fondo, data la sua diversa destinazione economica, spettano in ogni caso all'usufruttuario in quanto frutti del fondo. Minicio, al contrario, non si concentra sugli occasionali redditi derivanti dalla selvaggina catturata nel fondo in usufrutto, ma valuta direttamente gli animali catturati nel fondo in rapporto allo stesso. Da questa angolatura, egli nega che la selvaggina sia un *fructus fundi*. Soltanto quando essa costituisca l'utilità principale del fondo, che quindi è destinato economicamente a questo scopo, potrebbe concludersi che gli animali siano un suo frutto. In sostanza, per Minicio l'acquisto della proprietà sull'animale catturato nel fondo non si fonderebbe, di regola, sul diritto ai frutti dell'usufruttuario, ma sull'occupazione (vedi la contrapposizione tra acquisto *iure gentium* e *iure fructus* in Tryph. D.7, 1, 62 pr.)[8].

L'esclusione della selvaggina catturata nel fondo dal frutto di esso è coerente ad una considerazione del rapporto di derivazione dalla cosa in termini di dipendenza diretta e periodicità. Entrambe queste caratteristiche sono assenti nel caso della *venatio*, tranne che quando il fondo non sia destinato esclusivamente all'attività venatoria. Si accentua, quindi, l'importanza del normale reddito della cosa secondo la sua destinazione economica, al fine di determinare cosa possa considerarsi suo frutto.

La regola permette, altresì, di risolvere con precisione questioni di spettanza della selvaggina catturata da terzi nel fondo in usufrutto. Se non si tratta di fondo destinato alla caccia degli animali[9], l'usufruttuario non potrà pretendere alcunché da chi abbia catturato animali selvatici cacciando selvaggina nel fondo in usufrutto. L'affermazione è coerente con la natura di

criterio più rigido rispetto a Cassio (D. 7, 1, 9, 5 vd. *supra*, pp. 203 ss.), coerentemente al limite della *condicio rei* come limite dello stato attuale della cosa in usufrutto. Ipotizzare Cassio come soggetto del *negavit* (S. Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano,* in BIDR. 8 [1895], in particolare pp. 234-235) non tiene conto della diversità della fattispecie tra D. 7, 1, 9, 5 e D. 22, 1, 26 (così esattamente, G. Lombardi, *Libertà di caccia* cit., p. 294 n. 6).

[8] Sul passo vd. G. Polara, *Le* venationes cit., pp. 233 ss.

[9] Sul punto vd. L. Amirante, *Rc. a Polara* cit., p. 259.

res nullius degli animali selvatici prima della *occupatio* realizzata con l'apprensione dovuta alla cattura.

3. *La nozione di frutto come reddito e sua influenza sulla definizione di* frugem pro reditu appellari*: D.50, 16, 77*

> Paul. *libro quadragensimo nono ad edictum* D.50, 16, 77
> *Frugem pro reditu appellari, non solum <qui ex>*[10] *frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit. fruges omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse: non enim carnem aut aves ferasve aut poma fruges dici. frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam fruges potius dici, quia non arista, sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.*

Bisogna contestualizzare il frammento escerpito dal commentario di Paolo e la citazione di Giuliano, evitando generalizzazioni della definizione di *frux pro reditu* come regola cardine del concetto di *fructus* in base alla emendazione del *frugem* proposta dal Mommsen[11]. Se, infatti, una tale operazione è pienamente giustificata qualora si voglia capire il senso del

[10] Così M. e BT. 30, 31 (τὸν ἀπὸ...).

[11] Accentuandone il ruolo di regola adeguata ad indicare il significato romano di *fructus*, vd. soprattutto L. von Petrażycki, *Die Lehre vom Einkommen* cit., p. 244. Sul passo vd. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 461; V. Scialoja, *Teoria della proprietà* cit., I, p. 103; E. H. Kaden, Rc. a Basanoff cit., p. 534; E. Schönbauer, *Die* actio aquae pluviae arcendae. *Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechtes*, in ZSS. 54 (1934) R. A., in particolare pp. 242-243; M. Sargenti, *L'*actio aquae pluviae arcendae cit., p. 76 n. 1; M. Bretone, *Frutti* cit., p. 666; Id., *La nozione romana d'usufrutto* cit., I, p. 126 n. 110; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., pp. 190-192; M. Kaser, *Partus ancillae* cit., p. 163 e n. 42; H. Lange, *Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in ZSS. 72 (1955) R. A., p. 236; F. Sitzia, *Ricerche in tema di* "actio aquae pluviae arcendae" cit., pp. 75-76 n. 13; Bojarski in base alle notizie di M. Krason, in SDHI. 50 (1984), pp. 537-538 e p. 542; R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., pp. 97 ss., in particolare, pp. 102 ss.; G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 302 ss.; T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in BIDR. 99 (1987), p. 13 n. 37; F. Horak, Rc. a Negri cit., in *Labeo* 33 (1987), p. 79 da cfr. con le n. 7 e 8; F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., in *Estudios Iglesias* I (1988), p. 81; J. Reszczyński, *Impendere impensa impendium* cit., p. 231 n. 184; M. Marrone, *Le* significationes *di D. 50, 16* (De verborum significatione), in SDHI. 60 (1994), p. 593 e n. 55; ricca di spunti e approfondimenti è, ora, l'ampia lettura fattane dallo Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., *passim*.

frammento nell'àmbito della scienza giustinianea, per la quale la prospettiva unificante del καρπός elimina le particolarità linguistiche del complesso rapporto tra i due termini latini di *fruges* e *fructus*, incarnando la L.77 la *significatio* fondamentale del concetto di frutto (a riguardo vd. *infra* p. 380), non lo è più in una lettura diretta a chiarirne i possibili contenuti classici.

Prima questione da affrontare, allora, è la sua collocazione palingenetica. In dottrina, infatti, è stato proposto di emendare l'epigrafe. Invece di libro quarantanovesimo, si dovrebbe leggere libro cinquantanovesimo *ad edictum* di Paolo. La ragione riposerebbe sull'ordine dei frammenti 76-77 di D.50, 16 (76 Paul. *51 ad ed.*; 77 Paul. *49 ad ed.*), sulla difficoltà di trovare nelle materie trattate nel commentario edittale sotto il libro indicato tematiche che in qualche modo giustifichino la precisazione dei significati di *frux* (o *fructus* se seguiamo l'ipotesi del Mommsen), *fruges* e *frumentum*[12]. Al contrario, nel libro 59 dell'*ad edictum* di Paolo, il giurista, esaminando la Rubrica edittale *De fructu praediorum vendendo locandove* (§ 214 Lenel) del Titolo "*De bonis possidendis proscribendis vendundis*", avrebbe sentito l'esigenza di precisare le cose oggetto della facoltà di vendita o di locazione riconosciuta al creditore. Di qui troverebbe conferma anche l'ipotesi del Mommsen volta a sostituire *frux* con *fructus*, perché coerente appunto all'impianto edittale che parla di *fructus praediorum*.

Sebbene questa tesi sia autorevolmente sostenuta e con argomenti di sostanziale importanza[13], alcune difficoltà permangono.

L'errore sul numero del libro del commentario edittale di Paolo, infatti, dal punto di vista delle tecniche riproduttive e di copiatura antiche, non sembra essere giustificato, né da un'indicazione numerica dell'opera (l'originario LIX, letto o copiato erroneamente come XLIX), in quanto presupporrebbe un errore 'integrativo'; né rispetto ad una sua indicazione letterale (l'originario *libro quinquagensimo nono* letto o copiato erroneamente come *libro quadragensimo nono*).

[12] «Legendum esse 'quinquagensimo nono' apparet et ex huius loci argumento et ex ordine inscriptionum», O. Lenel, *Palingenesia* cit., I, col. 1076 n. 715; Id., *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 423 n. 10; lo seguono V. Scialoja, *Teoria della proprietà* cit., p. 103 n. 1; S. Solazzi, *L'editto* "de fructu praediorum vendendo locandove", in *Studi in onore Scialoja* (1905), I, pp. 663 ss.; e, di recente, G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, p. 304 e n. 135.

[13] Così anche Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., p. 103. In particolare, essa coglie delle possibili coerenze con l'interpretazione del *fructus praediorum* dell'editto commentato, sebbene in tal modo bisogna per forza presupporre un originario *fructum pro reditu appellari*. Per la mia ipotesi, vd. testo.

L'ordine dei frammenti, poi, ed in particolare il fatto che la L.75, escerpita dal libro 50 del commento paolino, preceda la L.76 escerpita dal libro 51 e la L.77 dal libro 49 dello stesso commentario non deve sorprendere più di tanto. La raccolta del materiale destinato a D.50, 16 *De verborum significatione* e la sua organizzazione sembra aver ammesso spostamenti rispetto all'ordine originario dei libri sottoposti al vaglio delle commissioni[14].

Nella sostanza, poi, non è vero che nel libro 49 del commentario edittale di Paolo non si trovi alcuna materia che giustifichi il contenuto del frammento. Esso trova, al contrario, una sua naturale collocazione entro la problematica dell'*actio aquae pluviae arcendae*[15]. In particolare, come momento chiarificatore delle regole giurisprudenziali[16] emerse nell'approfon-

[14] Per altre inversioni nella successione dei frammenti in rapporto ad un titolo analogo nella formazione rispetto a D. 50, 16, vd. ad es. D. 50, 17, 164 (escerpito da E ex Paul. *51 ad ed.* durante la realizzazione di D. 40, 12) e D. 50, 17, 167 pr. -1 (escerpiti da E ex Paul. *49 ad ed.* durante la realizzazione di D. 39, 3). Rispetto poi a D. 50, 16, si può individuare in E, pur con eccezioni, la successione nell'ordine dei frammenti escerpiti dal commentario edittale di Paolo secondo l'ordine dei libri dello stesso, fino al fr. 72 (*liber LXXVI*) (2, 4 ex I; 5, 7 ex II; 8 ex III; 14 ex VII; 18 ex IX; 21 ex XI; 25, 28 ex XXI [eccezione 29 ex LXVI per necessità espositive: *coniunctio*]; 32, 34 ex XXIV [eccezione 35 ex XVII per necessità espositive: *actio* e *restituere*]; 37 ex XXVI; 39 ex LIII; 47 ex LVI; 53, 57 ex LIX; 61 ex LXV; 64 ex LXVII; 70 ex LXXIII; 72 ex LXXVI). Dalla L. 72, l'ordine dei frammenti escerpiti dall'opera *ad edictum* di Paolo non hanno più un ordine successivo in base al libro (75 ex L; 76 ex LI; 77 ex XLIX). Per considerazioni analoghe rispetto alla singolarità con cui vengono ordinati i frammenti escerpiti dal commentario edittale di Paolo in D. 50, 16, vd. ora F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 15, p. 41-42 n. 127.

[15] È questa, peraltro, concezione sostenuta da tempo; vd. Jac. Cuiacius, *Comm. in lib. L Pauli ad edictum*, in *Opera omnia*, Neapoli (1722), V, col. 679; Id., *Comm. in tit. XVI De verb. sign.*, in *Opera omnia* cit., VIII, coll. 546-548; e più di recente, sebbene senza prendere in considerazione la diversa ipotesi del Lenel, E. Schönbauer, *Die* actio aquae pluviae cit., pp. 242-243; M. Sargenti, *L'*actio aquae pluviae cit., p. 76 n. 1; F. Sitzia, *Ricerche* cit., pp. 75-76 n. 13. Una ipotesi palingenetica, per così dire, «eclettica» propone ora lo Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., §§ 13 ss., pp. 33 ss., pp. 41-43 n. 127, che pensa a due parti escerpite da libri diversi del commentario edittale di Paolo: una prima parte, attinente al *fructus*, da cui sarebbe derivata la prima definizione giulianea (probabilmente tratta o dalla Rubrica *De fructu praediorum vendendo locandove* o comunque da tematiche che involgevano approfondimenti del concetto), e una seconda parte, quella relativa alle *fruges*, dal commento all'*actio aquae pluviae arcendae*. Pur se brillantemente sostenuta, e non senza alcuni rilievi significativi, non mi sento di condividere questa ipotesi, in quanto ritengo vi sia spazio per collegare anche la definizione giulianea in termini di *frugem pro reditu appellari* all'interno del commento all'*a. a. p. a.* D'altronde, come lo stesso Zuccotti, *op. ult. cit.*, § 15, p. 41 n. 127, riconosce, una tale fusione tra frammenti escerpiti da libri diversi non si addice, per quanto ne sappiamo, al lavoro dei compilatori.

[16] E non di una presunta ricorrenza di *frux* nel testo decemvirale sull'*aqua nocens*, come

dimento del limite posto da Q.Mucio al *teneri* per l'*aqua nocens*. Dall'opera arativa per la coltivazione del fondo (*opus agri colendi causa factum aratro;* D.39, 3, 1, 3 Ulp. *53 ad edictum*), come condotta esclusa dalla responsabilità da detta azione, si arriva ad ogni opera agricola per la coltivazione (*opus agri colendi causa factum* di Sabino e Cassio; D.39, 3, 1, 8). Nella discussione intermedia si hanno una ricca gamma di soluzioni e criteri proposti dai *prudentes* e, in particolare, la concezione di Trebazio, che esclude la responsabilità soltanto per l'opera arativa finalizzata alla produzione di frumento (*non quod agri, sed quod frumenti dumtaxat quaerendi causa aratro factum*; D.39, 3, 1, 3)[17], e quella più estesa del suo allievo Labeone che riconosce, invece, come causa esimente, l'opera agricola diretta a produrre *fruges fructusque*, senza che si debba distinguere «*quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat*» (D.39, 3, 1, 7)[18].

Mentre nel commento edittale della Rubrica *De fructu praediorum vendendo locandove*, il richiamo diretto a *fructus* non avrebbe giustificato di per sé la digressione sulle *fruges* e sul *frumentum* presente nel passo di Paolo, proprio rispetto alle regole emerse nella discussione giurisprudenziale in materia di *actio aquae pluviae arcendae* ben si inserisce un chiarimento che coinvolge i termini summenzionati. Chiarimento che Paolo ritiene di dover fare in base alla definizione giulianea di *frux,* letta nel quarantunesimo libro dei *Digesta* di Giuliano, relativo alla Rubrica edittale *De aqua et aquae pluviae arcendae*[19].

In particolare, si comprende sia l'approfondimento del significato di *frux*, sia le ragioni sostanziali sottese al significato che Servio Sulpicio riconosce a *frumentum*. Dal primo punto di vista, è essenziale l'endiadi labeoniana *fruges fructusque* in D.39, 3, 1, 7, attraverso la quale si supera il criterio più rigido di

vorrebbe il GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 33 n. 36. Vd. nel senso qui proposto già F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 14 pp. 34 ss.

[17] Sulla quale vd. E. SCHÖNBAUER, *Die* actio aquae pluviae cit., p. 242; M. SARGENTI, *L'*actio aquae pluviae cit., p. 74 e n. 1; F. SITZIA, *Ricerche* cit., pp. 75-76 n. 13; ID., *Aqua nocens* cit., pp. 86 ss.

[18] *Labeo etiam scribit ea, quaecumque grugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam*... Vd. M. SARGENTI, *L'*actio aquae pluviae cit., p. 76; F. SITZIA, *Ricerche* cit., pp. 76-77 e n. 15; ID., *Aqua nocens* cit., pp. 86 ss.; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 14 p. 39.

[19] Vd. a riguardo n. 583 (Ulp. *53 ad ed.* D. 39, 3, 4, 1-2)-584 (Paul. *49 ad ed.* D. 39, 3, 11, 3-4) in O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, coll. 429-430. La tesi dello SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 191 e n. 2, non mi sembra decisiva. Che, infatti, in D. 21. 2. 43 Iul. *58 Dig.* (su cui vd. *infra* pp. 231 ss.), il giurista adrianeo indichi come frutti dei *praedia* solo *frumentum* e *vinum*, si spiega in base alla natura esemplificativa di quel richiamo relativo alla garanzia per evizione.

Trebazio fondato sull'opera arativa finalizzata alla produzione del frumento. Dal secondo punto di vista, poi, se teniamo conto che Trebazio è uno degli *auditores Servii*, si chiarisce l'affermazione di Servio Sulpicio ricordata in D.50, 16, 77, che tende a ricomprendere nel *frumentum* anche i *legumina.* Il convenuto con *actio aquae pluviae arcendae* non è tenuto, secondo Servio, per le opere agricole arative compiute sia per produrre cereali e farro, sia per produrre i legumi[20].

Al contrario per Labeone ogni opera nel fondo diretta alla produzione agricola (*fruges fructusque*) non determinerebbe responsabilità in caso di *aqua nocens*. Nella sostanza si tratta di un criterio analogo a quello sabiniano, soltanto che quest'ultimo utilizza la nozione di opera agricola in senso ampio, mentre Labeone raggiunge lo stesso risultato ampliando al massimo i prodotti agricoli grazie all'endiadi surricordata[21]. È un criterio che, come è stato detto, «rivendica un'ampia libertà nello sfruttamento agricolo del fondo»[22].

A me sembra che proprio la regola labeoniana, costruita sull'endiadi *fruges fructusque*, spieghi il senso del chiarimento giulianeo.

Paolo, infatti, ricorda come *frugem pro reditu appellari... Iulianus scribit.* Si tratta, quindi, di una spiegazione legata ad un uso presupposto (*appellari*) di *frux* che Giuliano vuole chiarire, a mio avviso, proprio quello labeoniano. Che il contesto nel quale anche la definizione di Giuliano è calata, fosse quello delle regole giurisprudenziali in materia di *actio aquae pluviae arcendae*, mi sembra confermato dalla definizione più circoscritta con la quale Giuliano subito si confronta: quella tradizionale delle *fruges* come *frumenta et legumina*. Ed altresì con la menzione da parte del giurista adrianeo di un'altra definizione di *fruges*, suscettibile di una nozione più estesa della categoria, quella dei grammatici[23] che

[20] Vd. a riguardo, JAC. CUIACIUS, *Comm. in lib. L Pauli ad edictum,* in *Opera omnia* cit., V, col. 679; ed ora F. SITZIA, *Aqua nocens* cit., p. 89 n. 30; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 14, pp. 36-37.

[21] Sul rapporto tra criterio labeoniano e regola sabiniana F. SITZIA, *Ricerche* cit., pp. 75 ss.; ID., *Aqua pluvia* cit., p. 89.

[22] F. SITZIA, *Aqua pluvia* cit., pp. 89-90; vd. altresì quanto l'A. dice a pp. 90-91 n. 33 («... l'estensione della tutela a tutte le opere che fossero state fatte *frugum fructuumque recipiendorum causa* poteva importare un impulso alle opere di trasformazione agricola dirette all'impianto di colture specializzate»).

[23] Cfr., attingendo a fonti più antiche, Donat. *ad Ter. Eunuchus* IV, 7, 46 (Wessner) FRUGI-ES: «*frugi utilis et necessarius, a frugibus, quae quod his fruamur, ita dictae sunt; unde fructus et frumentum. Frui autem est vesci, a frumine, quae est summa pars gulae.*»; Serv. *in Verg. Aen.* I, 178: «*fruges: generaliter fruges omnes dicuntur, et errant qui discernunt frumenta a frugibus... frugum autem nomen tractum est a frumine, id est, eminente gutturis parte*"; Isid. *Orig.* XVII, 6, 23: «*fructus*

colgono la connotazione caratteristica del concetto nel soddisfacimento dei bisogni alimentari dell'uomo (*fruges omnes esse, quibus homo vescatur*). La critica di Giuliano (*falsum esse*) fa forza su un argomento calzante rispetto alla tesi criticata. Vi sarebbero, infatti, una serie di prodotti, come la carne degli animali (*caro*), gli uccelli (*aves*) e la selvaggina (*ferae*), o la frutta d'albero (*poma*)[24] che, pur soddisfacendo tale bisogno, e quindi rispettando la connotazione caratteristica della categoria secondo i grammatici, non sarebbero *fruges*. Con ciò non si nega a queste cose una loro ascrivibilità nel *fructus*[25], ma si coglie una incoerenza insuperabile nella concezione dei grammatici criticata, che riconoscerebbero l'elemento essenziale delle *fruges* per eccesso.

Lo sforzo definitorio dei grammatici doveva essere maturato sulla concezione più antica delle *fruges* come *frumenta* e *legumina*, includendo nella categoria, per giustapposizione, le *res* prodotte dal fondo coltivato[26]. Si chiarisce allora l'operazione definitoria realizzata, in base altresì al concorrente legame etimologico rilevato tra *fruges* e *frumen*, che mira a cogliere l'elemento caratteristico del concetto nell'includere tutti prodotti del fondo destinati *ad vescendum*[27]. I rischi insiti nelle operazioni definitorie in questo caso mi sembrano particolarmente evidenti. L'individuazione di una connotazione della categoria delle *fruges* (che *omnes esse quibus homo vescatur*), adeguata finchè si guardi alle *res* che la concezione più antica vi

nomen accepit a frumine, id est eminente gutturis parte qua vescimur. Inde et fruges...» XVIII, 3, 2: «*frumenta sunt proprie quae aristas habent, fruges autem reliquae. Frumenta autem vel fruges a fru<m?>endo, hoc est a vescendo dictae; nam frumen dicitur summa pars gulae*».

[24] Qualche problema in dottrina ha dato l'esclusione dei *poma* dalle *fruges* (vd. M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 191; seguito da BOJARSKI secondo quanto informa M. KRASON, in SDHI. 50 [1984], p. 538; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 81; G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., p. 303). Come, però, si è visto nel II capitolo, i *poma* come frutta d'albero, hanno innestato dinamiche interpretative coinvolgenti *glans* e *fructus*, giammai le *fruges*. L'affermazione perentoria di Giuliano è a questo riguardo rigorosa.

[25] Non è certo questa la prospettiva del discorso di Giuliano, che sta chiarendo cosa si intendesse con il limite dell'opera agricola fatta *frugum fructuumque recipiendorum causa*. La scelta di questi esempi, peraltro, indica la loro indiretta rilevanza, in quanto non c'è dubbio che: i *poma*, se non sono *fruges* (vd. *supra* pp. 67 ss.), sono però attratti nel *fructus* già in epoca repubblicana; la carne dell'animale aveva dato problemi (Cass. D. 7, 1, 72, 2 *supra* pp. 206 ss.; Gai. D. 7, 40, 30 *infra* pp. 253 ss.); gli animali catturati attraverso l'attività venatoria, per lo stesso Giuliano, possono considerarsi *fructus fundi*, solo quando il fondo è destinato sistematicamente a questa attività al fine di percepirne un reddito (D. 22, 1, 26 *supra* pp. 217 ss.).

[26] Vd. ora F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 10, pp. 23 ss.

[27] Vd. ora F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 16 , pp. 48 ss. che tende a coglierne un legame anche con la nozione stoica di frutto.

includeva, diviene inappagante a fronte di una considerazione ampia delle cose che partecipano di tale connotazione, pur non essendo *fruges*. Giuliano stigmatizza proprio questa sbavatura nell'applicazione della tecnica definitoria, in quanto l'elemento indicato non sarebbe caratteristico della categoria.

Ancora dall'originario contesto giulianeo (arg. ex *esse... definisse*) veniva ripresa la definizione rigorosa di Elio Gallo del *frumentum* (*quod arista se teneat*)[28], alla quale Paolo accosta la nozione più ampia di Servio (*lupinum et faba... in frumento contineri*), che il giurista severiano aveva incontrato nei *Digesta* di Alfeno.

L'operazione interpretativa di Giuliano è, quindi, quella di fornire una esatta delimitazione delle opere realizzate sul fondo escluse dal *teneri* per l'*aqua nocens*. A questo riguardo, il giurista adrianeo non accede al significato più rigoroso della *interpretatio* alle XII Tavole (*fruges* come *frumenta et legumina*), né a quello maturato in età tardorepubblicana, che, in base a ipotesi etimologiche correnti, coglie come elemento caratteristico delle *fruges* la loro destinazione a soddisfare le necessità alimentari dell'uomo.

Col *frugem pro reditu appellari* Giuliano chiarisce il senso della regola labeoniana costruita sull'endiadi *fruges fructusque*. Attraverso di essa, le potenzialità di *fructus* (che oramai include ogni reddito periodico derivante dalla cosa senza intaccarne la sostanza) compenetrano ed arricchiscono il più chiuso significato delle *fruges*[29]. Ipotizzare, quindi, l'emendazione di *frugem* in *fructum*, come fanno i moderni[30], non fa che esplicitare, sul piano

[28] Così, invece, B. KÜBLER, *Der Prozess des* Quinctius *und* C. Aquilius Gallus, in ZSS. 14 (1893), p. 82; O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col 56; e ora F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 81. Pensano invece ad Elio Gallo, E. SCHÖNBAUER, *Die* actio aquae pl. arc. cit., p. 242 n. 5; G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., p. 304 n. 136. Seguendo questa seconda ipotesi, si potrebbe pensare, con il FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 47 e n. 138, ad un unico contesto (il *de verb. sign.* di Elio Gallo), al quale apparteneva anche l'analisi del lemma *fructus* in base a D. 22, 1, 19 pr.

[29] In questo modo si chiarisce, a mio modo di vedere, il rapporto tra *frux* e *fructus* nel passo. Ciò, se da un lato non smentisce nella sostanza chi vi vede una sovrapposizione del secondo termine sul primo, dall'altro lato ne salva la *lectio difficilior* tramandata. Sulla necessaria sostituzione di *frugem* con *fructum* esprime qualche dubbio, pur seguendola, G. NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., p. 304. Il LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., pp. 105 ss., conserva l'attuale tenore del passo, individuando un autonomo spazio semantico di *frux* rispetto a *fruges*, capace di un'espansione di significati che il plurale non avrebbe, fino a ricomprendere appunto *fructus*.

[30] Seguono il Mommsen, implicitamente o esplicitamente, ad es. O. LENEL, *Das Edictum*

delle parole, ciò che Giuliano realizza in sede di *interpretatio*, tenendo presente le *fruges fructusque* labeoniane[31]. In sostanza il giurista adrianeo fa quello che la giurisprudenza repubblicana e lo stesso Labeone avevano evitato: un'estensione dell'applicabilità di regole giuridiche relative alle *fruges* attraverso un ampliamento dei significati del termine, superando quindi la necessità dell'endiadi sopra ricordata.

Veniamo ora al significato della *frux pro reditu*. Si tratta del reddito ricavabile da un ampio elenco di prodotti derivanti dal fondo (*pro reditu... non solum <qui ex> frumentis et leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur*). Questo elenco lascia ancora le tracce dell'estensione interpretativa che ha coinvolto i frutti del fondo, dal solo frumento e legumi, al vino, alla legna tagliata dal bosco ceduo, ai materiali estratti dalle cave di sabbia e di pietra. La nozione di frutto del fondo da essa evocata implica però l'ulteriore spinta espansiva della concezione del *fructus* come *reditus* anche rispetto a modalità d'uso di *frux* che ne imponessero una reinterpretazione ampliata come ogni frutto del terreno.

Il *pro reditu* esprime uno sforzo interpretativo non fondato su una finzione[32], ma sull'acquisizione di uno specifico significato giuridico della parola che coglie cosa con essa effettivamente si volesse far rientrare sul piano del risultato dei lavori agricoli esclusi dal *teneri* per l'*aqua nocens*.

A riguardo, una tale definizione permette di valutare in chiave dinamica l'opera realizzata nel fondo, risultata dannosa, ma esclusa dalla responsabilità per l'*aqua nocens*. In particolare, mi sembra non sempre accentuato adeguatamente in dottrina che il discorso di Giuliano non mira ad indicare le cose per la produzione delle quali l'*opus* viene realizzato, come invece in Trebazio e Labeone, ma accentua il reddito ricavato da questi prodotti del fondo (*pro reditu... capitur*). Ciò facendo, egli valuta se tale *opus* realizzato per la produzione sia finalizzato ad un aumento del reddito ricavabile dai prodotti del fondo, in sostanza se esso abbia, a livello di produzione, in astratto potuto aumentare la redditività del terreno.

Perpetuum[3] cit., p. 423 n. 10; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 190 ss.; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., p. 126 n. 110 (ipotesi «assai probabile»); Id., *Frutti* cit., p. 666 e n. 9 (ipotesi che «appare sicura»).

[31] Jac. Cuiacius, *Comm. in tit. XVI De verb. sign.*, in *Opera omnia* cit., VIII, coll. 546-548

[32] Vd. d'altronde l'«*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*» di Iul. *84 Dig.* D. 1, 3, 32, 1. Per la Lamberti, *Studi sui* «postumi» *nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli (1996), p. 51 n. 98, invece, il *pro* implicherebbe necessariamente il ricorso alla finzione (in relazione a Gai. I, 147 e D. 50, 16, 131).

Per Giuliano, l'*opus agri colendi causa factum* che esclude il *teneri* per l'*aqua nocens* secondo la regola sabiniana, è da valutare in termini di adeguatezza dell'opera svolta, di movimento di terra e scavi, al miglioramento della redditività del fondo sul quale viene svolta. L'*opus agri colendi causa factum* lecito è quello diretto ad aumentare la produzione in senso ampio del fondo, quindi non soltanto quello finalizzato a produrre cereali e legumi, ma anche quello fatto per aumentare la produzione di vino, della legna tagliata dal bosco ceduo, della sabbia e delle pietra estratte dalle cave. Altrimenti non si giustificherebbe il sacrificio del vicino che subisce il danno per il mutato deflusso delle acque.

Il giurista, in questo modo, elabora una regola giuridica idonea a mediare tra esigenze di sviluppo della produzione degli *agri* in tutte le loro potenzialità e possibili danni derivanti dal mutato deflusso delle acque.

Giuliano rivendica, altresì, contemporaneamente il significato tecnico-giuridico di *frux*[33]. Ciò mi sembra particolarmente tangibile nel *frugem pro reditu appellari, <qui ex>... capitur*, che separa nettamente la nozione tecnico-giuridica del termine e suo rapporto con i prodotti del fondo.

4. *Rapporto tra* fructus *e* usurae *come redditi leciti percepiti dalla cosa donata lucrati dal coniuge donatario D.24, 1, 17 pr.*

> Ulp. *libro trigesimo secundo ad Sab.* D.24.1.17 pr.
> *De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum quae donata sunt locupletata sit, an in causam donationis cadant. et Iulianus significat fructus quoque ut usuras licitam habere donationem.*

Il *principium* della L.17 va letto in collegamento con quanto Ulpiano riferiva nel contesto subito precedente, ora in D.24, 1, 15, 1[34]. La moglie può lucrare gli interessi percepiti dal danaro donatole dal marito contro il divieto di donazioni fra coniugi. Lo stesso vale per il marito secondo Giuliano.

Ulpiano, quindi, passa ad esaminare l'ipotesi dei frutti percepiti dai terreni donati. Anche in questo caso, i frutti potranno essere lucrati dal

[33] Vd. esattamente G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., p. 304.

[34] *Si maritus uxori pecuniam donaverit eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur. haec ita Iulianus in marito libro octavo decimo digestorum scribit.*

coniuge[35]. Ulpiano ne attinge la *ratio* da Giuliano, il quale avrebbe individuato il significato di questa spettanza dei frutti tratti dalla cosa donata al donatario coniuge, così come per il caso degli interessi, in base alla natura *licita* della *donatio*.

La qualifica pone problemi. Che rapporto c'è tra l'ulpianeo «*an in causam donationis cadant*» e la citazione di Giuliano? In che senso i frutti, così come gli interessi, lucrati sulle cose attribuite *donandi causa* rappresenterebbero una *donatio licita*?

Si è a riguardo ritenuto che la frase di Giuliano non risponda in realtà alla domanda posta e che la locuzione ivi usata non sia tecnica, e sia espressione al contrario di una certa disattenzione, perché con essa si esprimerebbe una donazione che comunque non può considerarsi «erlaubten»[36]. Simile sciatteria terminologica si troverebbe anche in D.24, 1, 5, 17, dove si ricorda in materia un *donationem valere* di Marcello.

A mio avviso va seguita un'altra strada. La questione come posta da Ulpiano verte sulla possibilità che l'arricchimento del coniuge, concretizzatosi nei frutti percepiti dal fondo donato, faccia includere questi nella *causa donationis*, sì da farli ricadere nel divieto civilistico che colpisce la *res donata*.

Giuliano, nel dire che *fructus quoque, ut usurae, licitam habent donationem*[37], intende appunto dire che l'acquisto dei frutti del fondo donato, come gli interessi lucrati sulle somme investite in D.24, 1, 15, 1, sia un arricchimento lecito del coniuge donatario: l'acquisto dei frutti e degli interessi esprimerebbe, cioè, una *donatio licita*.

Il punto allora è di capire perché Ulpiano consideri coerente al discorso svolto e all'ipotesi esaminata (quella dei frutti lucrati dal coniuge dai fondi donati e degli interessi dalle somme di danaro donate) l'affermazione di Giuliano.

[35] Vd. a riguardo, superando convincentemente i dubbi di genuinità del passo della dottrina più antica, M. KASER, *Natürliche Eigentumserwerbsarten* cit., p. 257 e n. 130; ID., *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 420-421; K. MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, in *Index* 3 (1972), p. 404; ID., *Der Bereicherungsgedanken* cit., pp. 162-163; 267 ss.

[36] K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., p. 162.

[37] Così l'ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova (1938), p. 223. In astratto, sarebbe possibile anche un altro tenore della proposizione di Giuliano: *fructus quoque, ut usuras, licita habet donatio*, che comporterebbe però una insolubile contraddizione rispetto alla questione posta. Chi la intende in questo modo, necessariamente deve ritenere la citazione di Giuliano incongruente o atecnica nella terminologia.

Si potrebbe pensare, teoricamente, che Giuliano avesse espresso quella *ratio* riguardo ad un'ipotesi di donazione *mortis causa* o *divortii causa* e che il tenore attuale del passo escerpito dalla *repetita praelectio* dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano abbia perso l'originaria limitazione[38]. Lo stesso Ulpiano, peraltro, potrebbe aver utilizzato, decontestualizzandola, l'affermazione di Giuliano.

Contro questa ipotesi va notato che nelle *licitae donationes inter virum et uxorem,* la spettanza del lucro percepibile dalla cosa donata rientra come tale nella liceità del trasferimento della cosa stessa *donandi causa*. La questione posta in D.24, 1, 17 pr. presuppone, invece, la nullità dell'atto di trasferimento *donandi causa* dei fondi e delle somme di danaro.

In un altro passo di Ulpiano, tratto dal suo commentario *ad Sabinum* (D.24, 1, 9, 1)[39], Giuliano qualifica come fatta *licito iure* l'imposizione di *operae* da parte della moglie al futuro *libertus*, a lei donato schiavo dal marito *manumittendi causa*. La motivazione del giurista adrianeo è molto significativa: *nec vide<tur> mulierem ex re viri locupletiorem fieri, cum eas [*scil. *operas] libertus promittat*. In sostanza, l'indiretto arricchimento della moglie tratto dall'imposizione al liberto di una *stipulatio operarum* a suo favore, non è visto come una *locupletatio ex re viri* e, quindi, non è suscettibile di *actio in id quod locupletior factum est*. Giuliano negherebbe, allora, un arricchimento

[38] *Donare licere* nelle fonti giuridiche sta proprio ad indicare alcune ipotesi nelle quali donazioni normalmente vietate sono considerate lecite per delle eccezioni al regime regolare. La terminologia, in generale, risale alla *lex Cincia* che per le *personae exceptae* parlava di *inter se donare capere licere* (*Vat.* 298). Rispetto, poi, alla donazione tra coniugi, Paolo nei suoi libri *ad l. Iul. et Pap.* (D. 24, 3, 63) qualifica così la donazione di uno schiavo *manumittendi causa* e in D. 39, 6, 3 quella *mortis causa*. I *Tit. Ulp.* VII, 1 aggiungono quella *divortii causa*. Si trova nelle fonti, rispetto a queste eccezioni, anche la costruzione *donationem valere* (Iul. in Ulp. D. 24, 1, 11, 1; Pap. D. 39, 6, 40; Marc. D. 39, 6, 27); e *donationes receptae* (Ulp. D. 24, 1, 9, 2). Sulle eccezioni al divieto *moribus receptus* delle donazioni *inter virum et uxorem* vd. ad es. F. P. BREMER, *Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten*, in *Arch. civ. Praxis* 51 (1868), pp. 175 ss., in particolare pp. 180 ss.; F. DUMONT, *Les donations entre époux* cit., pp. 135 ss., e pp. 211 ss. (su D. 24, 1, 17 pr. pp. 61-62 e n. 4); L. ARU, *Le donazioni fra coniugi* cit., pp. 156 ss.; M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi Albertoni* II, in particolare pp. 533 ss.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania (1950), pp. 95 ss.; G. G. ARCHI, *La donazione (corso di diritto romano)*, Milano (1960), pp. 201 ss.; K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 6 ss.

[39] *Si pecunia accepta mulier <servum> manumiserit vel operas ei imposuerit, ait Iulianus opera quidem eam licito iure imposituram et tenere obligationem nec videri mulierem ex re viri locupletiorem fieri, cum eas libertus promittat...* Sul passo vd. K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 56-57

della moglie *ex re mariti* perché le *operae* verranno prestate dallo schiavo una volta liberato, una volta quindi uscito dal patrimonio del coniuge. Mi sembra che l'assenza di un effettivo depauperamento del marito condizioni la qualifica come *iure licito* della *impositio operarum*[40].

In D.24, 1, 17 pr., dove si presuppone un'invalida attribuzione *donandi causa* dei fondi e delle somme di danaro del marito, l'operazione interpretativa sottende allo stesso modo l'individuazione di una *locupletatio ex re donata* che non rende *pauperior* il coniuge-donante[41]. Di qui la possibilità che il coniuge donatario si trattenga il lucro percepito, in termini di frutti o di interessi. Il richiamo alla *donatio licita* avrebbe allora la funzione di indicare la liceità dell'arricchimento dalle cose donate e non la validità dell'atto di trasferimento di quest'ultime, similmente a quanto accade nelle *donationes licitae inter virum et uxorem*, dove per definizione manca la corrispondenza *locupletior-pauperior*[42] che fonda la *ratio* del divieto.

In rapporto, poi, a quanto Q. Mucio diceva in D.22, 1, 45, emerge chiaramente come Giuliano, in base alla diversa angolatura, non limiti più l'entità dei frutti e degli interessi percepiti dal coniuge a quelli prodotti *ex facto eius*[43].

Infine, dal punto di vista del rapporto tra *usurae* e *fructus,* viene operato un accostamento delle regole per il loro acquisto al coniuge donatario. Non c'è, però, nel discorso di Giuliano alcuna confusione concettuale, pur a fronte di soluzioni omologhe che regolano problemi giuridici che li coinvolgono entrambi[44].

Altrove, invece (Giuliano *40 dig.* D.36, 1, 27, 16: *...ex incremento et fructibus eius summae...*; e Africano *5 quaest.*: D.35, 2, 88, 3: *...ex reditu eius summae.... fructus... ex fructibus... heres perceperit*), questo rigore concettuale sembra venire meno, in quanto si parla di *fructus summae* e *reditus pecuniae.* Queste modalità d'uso ricorrono entro problematiche che coinvolgono ragionamenti analogici tra *fructus* e *usurae*. L'impressione è quella di una terminologia

[40] K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit., p. 56.

[41] Vd. a riguardo già M. Lauria, *Il divieto delle donazioni* cit., pp. 543 ss. e n. 114.

[42] K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 6 ss.

[43] Vd. in rapporto a D. 22, 1, 45 M. Kaser, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 421; G. Thielmann, *Produktion* cit., p. 79 e n. 20.

[44] Esattamente il Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano (II)*, in *Studi Parmensi* III (1953), pp. 482-483, ritiene il paragone tra frutti del fondo donato e interessi ricavati dalle somme di danaro donate costruito al fine di riconoscere la liceità dell'arricchimento in entrambe le ipotesi.

mutuata dalle *quaestiones* sottoposte dai privati all'attenzione del giurista, che esprime una tendenza della prassi a vedere negli interessi il frutto delle somme di danaro[45].

La domanda, allora, che bisogna porsi, è come mai la *iurisprudentia* romana del II e poi del III sec.d.C., pur maturata la nozione di *fructus* come *reditus*, e pur confrontandosi con una prassi negoziale nella quale gli interessi erano sentiti come un frutto del danaro, non sia giunta ad attrarre dal punto di vista dogmatico le *usurae* nei *fructus* come, invece, accadrà nella moderna nozione di frutti civili.

5. *Il frutto come cosa corporale e l'evizione nella compravendita D.21, 2, 43*

> Iulianus *libro quinquagesimo octavo digestorum* D.21, 2, 43
> *Vaccae emptor, si vitulus qui post emptionem natus est evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia nec ipsa nec usus fructus evincitur. nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari.*

Si tratta di una vera e propria «messa a punto»[46] del rapporto tra *fructus* e *usus fructus*, rispetto all'evizione del vitello nato dalla vacca acquistata. Si può pensare ad es. ad un pegno dei frutti futuri, in particolare un *pignum*

[45] Vd. ad esempio l'espressione (*denarios) in fructu* della *societas pecuniarum credendarum Dacica* del 167 d. C.; FIRA III², p. 481-482; su cui *infra* p. 355.

[46] L'espressione è in M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 45 n. 75; vd. anche p. 37 e n. 52. Il Negri parla di «*fructus* in senso ristretto»; *Diritto minerario romano* cit., p. 274 n. 36. Sul passo vd. altresì, O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*³ , pp. 547-548; R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., p. 68; P. Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit*. cit., in particolare p. 168-169 n. 1; M. Kaser, *Das Ziel der* actio empti *nach Eviktion*, in ZSS. 54 (1934) R. A., p. 170 e n. 1; Id., Rc. a Vaucher, in ZSS. 65 (1947) R. A., p. 372; R. F. Vaucher, *Usufruit et* pars dominii cit., pp. 65-67; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano,* Napoli (1980; rist. inalt. I ed.) II, p. 332; D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 52 n. 15; E. Bund, *Untersuchungen* cit., p. 49 e n. 6; p. 191; C. Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in BIDR. 70 (1967), passo citato a p. 234 da collegare a quanto l'A. dice a p. 233 e 235; G. Pugliese, *Res corporales - res incorporales* cit., p. 246; A. M. Honoré, *The Editing of the Digest Titles*, in ZSS. 90 (1973) R. A., p. 263 e n. 5; H. Ankum, *La vente d'une part d'un fonds de terre commun*, in BIDR. 83 (1980), p. 84; R. Knütel, *Stipulatio poenae*, Wien-Köln-Weimar (1976), p. 346; F. Sturm, Rc. a Knütel, in ZSS. 97 (1980) R. A., p. 428 e n. 87; J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 108-109.

conventum avente ad oggetto i nati dalla vacca. L'*emptor* ritiene di poter esperire l'*actio ex duplae stipulatione*[47].

Il giurista nel negare questa possibilità, ne dà anche la motivazione: l'acquirente, infatti, non è stato evitto né della vacca acquistata, né del suo usufrutto. Egli rimane rigorosamente legato alla garanzia per evizione, come garanzia legata ad una situazione fissata al momento della vendita.

Sappiamo, peraltro, da D.21, 2, 8, che Giuliano, nelle ipotesi di evizione del frutto corporale della cosa venduta, concede al compratore l'*actio empti*. In D.21, 2, 43, quindi, la soluzione di Giuliano è condizionata dal contenuto della garanzia per evizione.

D'altronde, il binomio *nec ipsa (vacca) nec usus fructus (eius) evincitur* sembra verificare la tenuta del *SI QUIS EAM VACCAM QUA DE AGITUR PARTEMVE QUAM QUIS EX EA EVICERIT* della *stipulatio* edilizia[48]. Due sono le cose che ritengo si debbano sottolineare. Da un lato, come l'interpretazione del *partemve quam quis ex ea evicerit* edittale porti il giurista a considerare come possibile l'applicazione della pena del doppio per l'evizione dell'usufrutto della vacca, e d'altro lato ad escluderla nel caso dell'evizione del frutto corporale di essa.

Il vitello nato dopo la compravendita non può considerarsi una *pars rei venditae*. Esso è un'entità autonoma suscettibile di essere oggetto di atti giuridici che la coinvolgono, indipendentemente dalla destinazione della cosa che l'ha generato. *Pars rei* potrebbe, invece, considerarsi l'usufrutto della vacca, in base alla riflessione, particolarmente vivace nell'epoca di Giuliano, che coinvolge l'*usus fructus* ed il concetto di *pars dominii*[49].

[47] Il LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3] cit., pp. 547-548 suppone che si trattasse in realtà di una *satisdatio secundum mancipium*. Se da un lato è importante cogliere in quest'ultimo istituto l'anello tra l'*obligatio auctoritatis* del *mancipio dans* e la *stipulatio duplae* che accompagna il contratto di compravendita, d'altro lato non vedo la ragione di supporre che ancora all'epoca di Giuliano quest'ultima non potesse accompagnare la vendita della vacca.

[48] Vd. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3] cit., pp. 567-568; D. MANTOVANI, *Le formule*[2] cit., pp. 116-117.

[49] A riguardo vd. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 65-69; con un approccio teso a problematizzare la stessa impostazione di Giuliano vd. anche G. WESENER, *Iulians Lehre vom* ususfructus, in ZSS. 81 (1964) R. A., pp. 83 ss.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 154 ss.; S. TAFARO, Pars rei *e* proprium quiddam, in *Labeo* 18 (1972), pp. 192 ss. Sul problema ampiamente cfr. anche R. F. VAUCHER, *Usufruit et* pars dominii cit. Per la concezione giulianea dell'usufrutto vd. peraltro Paul. D. 50, 16, 25; D. 35, 2, 1, 9; Papin. D. 7, 1, 33, 1; Ulp. D. 7, 2, 1, 3.

La distinzione *ius-corpus* esplicita una scissione di significati in *fructus* che coesisteva nella polisemia del termine. La cosa corporale che, in quanto frutto, l'usufruttuario acquista nell'esercizio del suo diritto, non è il diritto stesso, ma semplicemente la sua più evidente ed essenziale espressione. Fondamentale è la nettezza dell'affermazione e la sua capacità espansiva (*sicuti...*), che dimostra come la 'corporalità' del frutto fosse sentita in termini di regola.

Siamo di fronte ad una delimitazione della nozione di frutto alle cose corporali, così da escludere quelle che Labeone considerava frutti della cosa in termini di utilità che l'uomo trae dall'uso della cosa.

6. *Superamento del principio di produzione e acquisto dei frutti come risultato della estensione della proprietà sulla cosa-madre D.22, 1, 25 pr.-1*

Iulianus *libro septimo dig.* D.22, 1, 25 pr.-1

Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur et quemadmodum, si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit.

1. *In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.*

Nel passo[50], tratto dal libro settimo dei *Digesta* di Giuliano in materia di *rei vindicatio,* il ragionamento prende impulso dall'ipotesi della spettanza dei frutti nati dal fondo in comproprietà, e verifica la coerenza della regola enunciata rispetto al *possessor malae fidei*, al *possessor bonae fidei*, al *fructuarius*, al conduttore 'vettigalista' ed infine, nel § 2[51], al possessore di buona fede che dopo la semina ma prima della *perceptio fructuum* venga a conoscenza della alienità del fondo posseduto.

Tutta la problematica, trasversalmente nelle diverse figure, è centrata sulla scissione, parziale o totale, tra soggetto che ha seminato e soggetto che ha percepito i frutti[52].

Nella tipologia testimoniata, il comproprietario *sciens* fa suoi i frutti percepiti in proporzione alla quota di comproprietà, né è rilevante chi li abbia seminati, se lui, se il socio o se entrambi. In quanto, dice Giuliano, *omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur.*

[50] Su di esso, ad es., G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 231 ss. (citato come D. 22, 1, 26, 1); B. WINDSCHEID, *Über das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten*, in *Z. Civilr. Prozeß* 4 N. F. (1847), in particolare pp. 112 ss. [=in *Kleine Schriften*, Leipzig (1984), I, in particolare pp. 144 ss.]; A. KOEPPEN, *Der Fruchterwerb des* bonae fidei possessor, Jena (1872), pp. 44 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., p. 697 n. 4 e 801 n. 1 (continua da p. 800); M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto* cit., in BIDR. 22 (1910), in particolare pp. 139-140; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 198 e n. 1; F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius secundus (§§ 1-96)* 'Erklärung', cit., pp. 137-138; F. LANFRANCHI, *Studi sull'* ager vectigalis *I. La classicità dell'* actio in rem vectigalis, Faenza (1938), p. 23, p. 112 e pp. 114-118; F. WIEACKER, Rc. a Lanfranchi, in ZSS. 59 (1939) R. A., pp. 628-629; L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., in BIDR. 45 (1938), pp. 216 ss.; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., cito da *Diritto privato e società romana* cit., pp. 473 ss.; M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., pp. 248 ss.; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., , pp. 406 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 135; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit, p. 193; D. DAUBE, Implantatio *and* satio, in AJ. 1958, pp. 181 ss. in particolare pp. 182-183; G. WESENER, *Iulians Lehre vom* usufructus cit., pp. 97 ss., W. KURZ, *Emptio rei speratae* cit., p. 197-198; G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 83 ss.; W. BOJARSKI secondo quanto riferisce A. POLAČEK, in ZSS. 98 (1981) R. A., p. 521; J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de frutos* cit., pp. 445 ss.; ID., *La adquisición de frutos por el* bonae fidei possessor. *Dos consideraciones críticas*, in *Est. Iglesias* III (1988), pp. 1465 ss.; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., pp. 84-86.

[51] *Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi, bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.* Sul passo vd. ad es., con richiamo della letteratura più importante, A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers* cit., in *Festschr. Seidl* (1975), pp. 190-191.

[52] Vd. B. WINDSCHEID, *Über das Recht des redlichen Besitzers* cit., p. 113 [=145].

Allo stesso modo il possessore di mala fede non ha alcun diritto sui frutti percepiti dal fondo altrui, sebbene li abbia seminati[53].

Il discorso passa, quindi, al possessore di buona fede. In particolare, l'ipotesi vede *Ego* che semina del frumento sul fondo altrui. Tizio, acquirente di buona fede del fondo stesso[54], raccoglie il frumento seminato da *Ego*. La *quaestio* verte proprio sull'acquisto dei frutti da parte del *bonae fidei emptor.*

Il *responsum* esordisce con la delimitazione dell'argomento trattato[55]. Giuliano ritiene che, per quanto riguarda la spettanza dei frutti, quelli percepiti dal fondo debbano essere avvicinati a quelle cose che gli schiavi acquistano *ex operis*. Tale analogia troverebbe la sua motivazione nel fatto che nell'acquisto dei frutti prevale il *ius* del 'corpo' dal quale i frutti si percepiscono, rispetto al *ius* del seme dal quale essi sono stati originati.

A rigore tale motivazione sembrerebbe sufficiente a giustificare la preminenza del *bonae fidei emptor* rispetto ad *Ego*. Giuliano, però, la rafforza con una serie di ipotesi poste in relazione al possessore di buona fede, che confermerebbero questa conclusione. Ad es., l'indiscusso acquisto al *dominus* del frumento seminato nel proprio fondo con sementi altrui, dato che nel percepire i frutti il possessore di buona fede godrebbe di un potere analogo al proprietario[56]. La regola viene applicata anche all'usufruttuario[57]. Argo-

[53] Storicamente, la distinzione tra *bonae fidei* e *malae fidei possessio* per individuare il possessore che ha diritto a trattenere i frutti percepiti e quello che non l'ha, potrebbe essere una distinzione elaborata dalla giurisprudenza classica su una concezione più antica che non fa necessariamente riferimento alla *scientia* dell'alienità del fondo posseduto. A riguardo, infatti, sembra cogliersi una tendenziale rilettura delle testimonianze più antiche attraverso questo tipo di riflessione; vd. *supra* rispetto a D. 22, 1, 45,pp. 108 ss.; e Labeone D. 6, 1, 78 : *si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet*, la cui reinterpretazione sul presupposto che si tratti necessariamente di un *possessor bonae fidei* non è sicura. Vd. *supra* pp. 176-177 n. 109.

[54] Il *mercatus* specifica che il contratto di compravendita del fondo si è realizzato nel foro, e potrebbe essere l'indizio residuale del tenore della *quaestio*; così M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 407 n. 12.

[55] Per la stessa modalità d'uso del *quod* vedi § 2 dello stesso frammento.

[56] La frase è stata sospettata per ragioni formali (*porro*; vd. G. BESELER, *Beiträge* cit., IV, p. 203; su cui però vd. le precisazioni di E. KALENKA, *Digestenkritik und Philologie*, in ZSS. 47, [1927] R. A., p. 337) e sostanziali (perché in età classica il *possessor bonae fidei* acquisterebbe i frutti non con la separazione, ma con la *perceptio*; L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti* cit., pp. 218-219). Essa, in realtà, estende al *p. b. f.* la regola dell'acquisto dei frutti come estensione della proprietà sulla cosa-madre.

[57] Vd. a riguardo G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 135; M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 407-408.

mento questo portato *a fortiori* perché il possessore di buona fede gode in materia di un potere più ampio del *fructuarius*, visto che quest'ultimo acquista i frutti solo con la percezione, mentre il primo li acquista qualsiasi siano state le modalità con le quali i frutti si sono separati dal fondo[58]. In materia, quindi, il possessore di buona fede avrebbe un posizione analoga al conduttore vettigalista[59].

La tecnicità è evidente. Il ragionamento non è chiarissimo. Si ritiene che nel caso proposto il *bonae fidei emptor* faccia propri tutti i frutti che abbia percepito dal fondo acquistato *a non domino*, sebbene il raccolto sia stato seminato da *Ego*. La ricchezza di argomenti portati a sostegno da Giuliano per questa soluzione (analogia con l'*ea, quae ex operis servorum adquirunt*, regola del *ius corporis*, argomento portato *a fortiori* rispetto all'usufruttuario) è già un forte indizio dell'esistenza di una linea interpretativa contraria tesa a valorizzare nell'acquisto dei nuovi frutti prodotti, attraverso il *ius seminis*, il lavoro svolto nella preparazione del terreno, nella semina a proprie spese e nella fase di maturazione[60]. Qui probabilmente rimane l'eco di una discussione tra le due scuole e del ruolo dell'acquisto del frutto secondo il principio di produzione.

[58] D'altronde in dottrina è stata ben evidenziata la coerenza della *perceptio* come momento acquisitivo dei frutti da parte dell'usufruttuario con l'origine dell'*uti frui* nel *legatum sinendi modo*. In particolare: «quando si ha soltanto il diritto a prendere e far proprio alcunché, l'esercizio dello stesso si incentra con tutte le conseguenze, anche in ordine al momento dell'acquisto, sulla percezione»; F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 118.

[59] Sulla genuinità dell'inciso vd. ad es. F. LANFRANCHI, *Studi sull'*ager vectigalis cit., I, pp. 114 ss.; F. WIEACKER, Rc. cit., pp. 628-629; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti* cit., p. 479; M. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte*, in ZSS. 62 (1942) R. A., p. 41 e n. 127. L'analogia tra *dominus*, *possessor bonae fidei* e conduttore 'vettigalista' sottende una considerazione di quest'ultima posizione giuridica che supera una sua rigida costruzione come rapporto obbligatorio *ex locato* tra concedente e concessionario, tesa invece a valorizzare il rapporto tra concessionario e *ager* in termini di *aliquod ius in fundo*, diritto che sebbene non è dominio, viene comunque ad essere tutelato con *actio in rem* (vd. fondamentale Iul. in Ulp. D. 30, 71, 5-6). A riguardo, la dottrina più recente ha giustamente approfondito la discussione sottesa a questi problemi, superando la rigida contrapposizione dell'ALBERTARIO, *Il possesso dell'*ager vectigalis, in *Filangieri* (1912), cito da *Studi di diritto romano* (1941), II, pp. 387 ss. tra diritto classico e giustinianeo; vd. oltre F. LANFRANCHI, *op. ult. cit.*; la messa a punto di F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella* locatio *degli* agri vectigales, in SDHI. 30 (1964), pp. 1 ss. in particolare pp. 31 ss. e su Giuliano pp. 40 ss.; L. BOVE, *Ricerche sugli* 'agri vectigales', Napoli (1960), pp. 74 sebbene quest'ultimo A. svaluti ingiustificatamente la tecnicità della costruzione di Giuliano (*aliquod ius in fundo*), appiattendola troppo sulla natura 'contrattuale' del rapporto.

[60] Vd. M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 408-409; G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 83-84.

La spettanza dei frutti nati *ex facto possessoris,* in cui si include il *serere,* l'abbiamo incontrata in un passo di Pomponio, il cui contenuto sembra potersi ricondurre a Q. Mucio, salvo appunto la generalizzazione del principio ad ogni possessore di buona fede (D.22, 1, 45). Il *ius seminis ex quo oritur*, però, sposta sullo sfondo il lavoro, comprensivo della attività di semina, rispetto alla materia necessaria per la produzione agricola rappresentata dalle sementi[61]. Quella tra *ius corporis* e *ius seminis* diviene, allora, una contrapposizione all'interno di una prospettiva che privilegia il potere sui mezzi di produzione, rispetto al lavoro svolto[62].

Giuliano conferma altrove l'applicazione della regola del *ius corporis*, parlando dell'olio come di un frutto delle olive del fondo (Iul. *15 dig.* D.18, 1, 39, 1), accentuando quindi la provenienza corporale rispetto al lavoro di oleificazione necessario per la produzione della nuova cosa.

Un nodo problematico, di non facile comprensione, è poi quello rappresentato dal rapporto tra regola del *ius corporis ex quo percipitur* e l'analogia con gli acquisti derivanti dalle *operae* degli schiavi[63]. In che senso, infatti, dovrebbe cogliersi una conferma del *ius corporis* nelle cose che si acquistano *ex servorum operis* in qualità di loro frutti?

A riguardo, ritengo importante precisare il senso del *ius corporis*. Se lo si legge come genitivo oggettivo, l'espressione assume un significato qualificante la titolarità di un diritto e *lato sensu* di un potere sul *corpus*. In questo caso, i frutti percepiti spettano al *dominus* e al *fructuarius* perché soggetti aventi un 'potere' (*ius*) sul fondo. Al *possessor bonae fidei* e al possessore vettigalista si estenderebbe la disciplina giuridica del *dominus*, sebbene il primo non abbia alcun *ius* sulla cosa e il secondo abbia per Giuliano un *aliquod ius in fundo*[64].

[61] Tende, invece, a reinterpretare il *ius seminis* come prevalenza della «Tätigkeit des Säens», il KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 408.

[62] Di «proprietà del prodotto» spettante «in base al rapporto giuridico con la terra e con la madre» parla P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 198.

[63] Vd. F. KNIEP, *Erklärung* cit., p. 138; G. THIELMANN, *Produktion* cit., p. 84. Per il KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 407 n. 15, la frase *quoniam-aspicitur* non andrebbe collegata alla frase subito precedente degli acquisti degli schiavi, ma a quella del *fructus fundi*. Essa peraltro attingerebbe a materiale classico, sebbene sia qui forse fuori luogo.

[64] Vd., peraltro, riguardo al *possessor* le osservazioni del DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti* cit., p. 474 e 460; e rispetto al concessionario vettigalista, quanto dice Iul. in D. 30, 71, 5-6 citato *supra* p. 236 n. 59.

Se al contrario lo si intende come genitivo soggettivo, il *ius corporis* esprime direttamente il rapporto tra cosa-madre come *corpus* da cui il frutto si trae e il frutto stesso, svalutando l'altro rapporto *semen-fructus* che accentua la prospettiva del 'principio originante'.

L'avvicinamento del *fructus ex fundo perceptus*, all'*ea, quae ex servi operis suis adquirunt,* come espressione del *ius corporis* significa dare a quest'ultimo il primo significato (genitivo oggettivo), teso ad accentuare il potere sul *corpus* (*fundus* o *operae servi*) dal quale prendiamo il frutto. Tale logica potrebbe lasciare il dubbio che Giuliano voglia sottrarre ad una contrapposta tesi un argomento solitamente da essa utilizzato. Quello che i *fructus fundi* nel caso specifico dovevano essere restituiti ad *Ego* perché essi, come per i frutti *ex servorum operis,* non erano frutti nati dal fondo, ma dal lavoro svolto dall'autore della semina, dal rassodamento alla maturazione[65].

Giuliano, invece, accentuando l'importanza della proprietà della cosa-madre da cui il frutto si trae, svilisce il principio di produzione e costruisce così una regola in materia d'acquisto dei frutti suscettibile di applicazione estesa a diversi tipi di rapporto con la cosa produttiva, sebbene essi non si qualifichino necessariamente in termini di *ius* sulla stessa.

La dogmatica del *ius corporis* si contrappone alla regola muciana dell'*ex facto nascitur*, ne rappresenta il netto superamento, privilegiando il momento statico del rapporto uomo-cosa-frutti su quello dinamico uomo-lavoro-frutti[66].

7. *Conclusioni: la nozione rigorosa di frutto di Giuliano tende a conservare i requisiti della concezione naturalistica, adeguandoli alla nuova concezione economico-sociale: frutto è il reddito periodico che può ricavarsi dalle cose corporali tratte dalla cosa-madre senza intaccarne l'integrità, secondo la sua destinazione economica*

Giuliano delimita la nozione di frutto, rivalorizzando elementi della con-

[65] Non è un caso che il KNIEP, *Commentarius* cit., p. 138 abbia ritenuto la frase *proprius ea-adquirunt* in contraddizione con la regola successivamente enunciata, e abbia ipotizzato che essa giustificasse in realtà una concezione opposta, in base alla quale l'acquisto dei frutti del possessore di buona fede fosse fondato sulle *operae*, cioè sull'attività lavorativa.

[66] L'esistenza di una contrapposta regola, sostenuta da altri giuristi (cd. *Produktionprinzip*), si coglie, oltre che da D. 22, 1, 45, da D. 41, 1, 48 (su cui vd. *infra* pp. 314 ss.) dove Paolo accorda al *b. f. p.* l'acquisto dei frutti in quanto *loco dominii paene est*, svalutando l'importanza del lavoro effettivamente svolto (*diligentia et opera*). Vd. altresì I. 2, 1, 35 (*pro cultura et cura*) e il richiamo probabile ai Proculiani nel lacunoso Gai. II, 26 (vd. F. KNIEP, *Commentarius* cit., p. 8 e n. 3).

cezione naturalistica che avevano subìto, nell'estensione labeoniana prima e sabiniana poi, un forte indebolimento.

Innanzitutto quello della derivazione del frutto dalla cosa conservandone la sostanza (D.50, 16, 77); la periodicità (D.22, 1, 26); la corporalità (D.21, 2, 43). E' frutto della cosa ogni normale reddito ricavato dalle cose corporali che l'uomo può trarre dalla cosa-madre senza intaccarne il valore capitale e la astratta capacità riproduttiva (D.50, 16, 77; D.22, 1, 26).

Nell'àmbito degli obblighi di restituzione dei frutti, si approfondisce il valore di essi detratte le spese, accentuando l'operazione contabile (*ratio impensarum*; D.10, 2, 51 pr.).

Di qui la fissazione di un momento significativo per la storia del problema giuridico esaminato, che dà impulso agli sviluppi successivi. Si realizza un'operazione interpretativa tesa a costruire una nozione rigorosa di frutto, la quale si confronta con concezioni meno rigorose maturate nella prassi, dove si tende a considerare frutto qualsiasi reddito ricavato dalla cosa. D'altronde, si ricorre, dove vi sono i presupposti, ad una analogia tra i frutti e i redditi percepiti da una cosa con l'esclusiva mediazione di un rapporto giuridico, al fine di estendere ai secondi regole giuridiche elaborate per i primi.

CAPITOLO VI

GAIO COGLIE LE INDIVIDUALITÀ DEI DIVERSI REDDITI RICAVABILI DALLE COSE PER NATURA O ATTRAVERSO UN NEGOZIO GIURIDICO E VERIFICA ALTRESÌ L'APPLICABILITÀ DI REGOLE COMUNI A QUESTI REDDITI

SOMMARIO: 1. Gaio come preziosa testimonianza del diritto antico e come momento chiarificatore del diritto dell'epoca degli Antonini. 2. Estensione del *fructus hominis* dalle *operae* degli schiavi al reddito di sostituzione percepito dalla locazione di esse. 3. *Fetus pecudum in fructu est*: razionalizzazione della opinione di Sabino e Cassio sui nati dagli animali in termini di loro ascrivibilità nei frutti dell'animale. 4. *Partus ancillae in fructu non est*: esplicitazione della regola stoica che considera i frutti creati per il soddisfacimento dell'uomo. 5. La carne e il pellame tratti dall'animale non sono un suo frutto in quanto la loro percezione implica necessariamente il perimento della cosa in usufrutto. 6. *Fructus mercedesve* e *usurae et fructus*: autonomia concettuale e applicazione di regole comuni.

1. *Gaio come preziosa testimonianza del diritto antico e come momento chiarificatore del diritto dell'epoca degli Antonini*

Gaio è spesso il tramite di regole più antiche, altre volte, invece, è testimone fedele del pensiero giuridico a lui contemporaneo. Di qui l'importanza che egli riveste al fine del recupero di notizie preziose per il diritto più antico attraverso ad esempio le *Institutiones* (sulla *legis actio sacramento in rem*, sul *vindicias dicere* e sulla *lis vindiciae* come *res fructus*; *supra* pp. 40 ss.) o i suoi commentari alle XII Tavole (D. 22, 1, 19 pr.; *supra* pp. 59 ss.), ma altresì come momento prezioso per capire quale nozione di frutto fosse applicata sotto gli Antonini.

Le regole e i concetti maturati già nei primi corifei della scuola sabiniana, sottoposti a riconsiderazione da Giuliano, vengono da Gaio seguiti ed ordinati.

Così la tendenza a tenere distinti i prodotti e i redditi di cose e persone all'interno di diversi istituti giuridici interessati, a seconda che essi provengano dalla cosa o dalla persona attraverso un processo naturale o in base ad un rapporto giuridico. In relazione al calcolo della *quarta Falcidia,* si giustappongono i 'parti', i frutti, le pensioni e le mercedi (Gaius *3 de legatis*

[= 5] *ad ed. praet. urbani* D. 39, 5, 11)[1]. Le 'cose future', come *fructus pendentes, partus ancillae* e *fetus pecorum,* possono essere date a pegno, così che quelle effettivamente nate si considerano oggetti di garanzia reale (*l. s. de form. hypot.* D. 20, 1, 15 pr.)[2].

[1] *Cum de modo donationis quaeritur, neque partus nomine neque fructuum neque pensionum neque mercedum ulla donatio facta esse videtur.* Il passo peraltro ha posto problemi interpretativi. Esso è relativo alla parte di commento della *lex Falcidia* (vd. O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 185) per l'esatto ammontare del patrimonio su cui calcolare la *quarta*. Da un lato, si è quindi esclusa la sua attinenza al *modus donationis* della *lex Cincia*. Si tratterebbe del calcolo del valore della liberalità realizzata con il legato ai fini del *modus Falcidiae* (Mod. D. 31, 36: *Legatum est donatio testamento relicta;* I. 2, 20, 1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta*; vd. altresì I. 2, 22 pr. : *Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est...;* sul punto, con discussione dell'elemento della liberalità nel legato, G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino [1962²], pp. 40-43). Per il LENEL, *op. ult. cit.*, col. 185 n. 2, saremmo di fronte ad un caso analogo a quello ricordato in Gai. *18 ad ed. prov.* D. 35, 2, 73 pr.. Qui si dice che per il calcolo della *quarta Falcidia* non si deve tenere conto delle 'utilità' nate dall'eredità dopo la morte dell'ereditando, sebbene con esse possa considerarsi salva la quota minima dell'erede. Accentua la prospettiva di una sistemazione contabile degli «attivi di un patrimonio» anche F. CASAVOLA, *Lex Cincia* cit., p. 43, e 41 ss., dove altresì approfondito riesame critico del *modus legis Cinciae*, pp. 27 ss. Secondo questa autorevole interpretazione, quindi, la negazione di Gaio in D. 39, 5, 11 (*ulla donatio facta esse videtur*) sarebbe da leggere nella prospettiva degli attivi del patrimonio ereditario (prodotti o persone nati dall'eredità). Il legato che superi il *modus Falcidiae* al momento della morte dell'ereditando, sebbene non lo supererebbe se si tenessero in conto le utilità che *augent hereditatem* prima della *aditio*, non avrebbe effetti. A mio avviso, proprio la motivazione che Gaio dà in D. 39, 5, 11 della esclusione di questi prodotti e persone dalla *donatio* sembra porsi nella prospettiva contraria, cioè della conservazione dell'atto: il legato che rispetti il limite della Falcidia al momento della morte del *de cuius*, sebbene lo superi con le 'utilità' prodotte dalle cose legate dopo la morte dell'creditando ma prima dell'*aditio hereditatis*, non deve essere invalidato in quanto *neque partus nomine neque fructuum neque pensionum neque mercedum ulla donatio facta esse videtur*. Altra parte della dottrina, svalutando la restituzione palingenetica, ritiene il passo probante per la rilevanza ancora in età classica del *modus donationis* della *lex Cincia;* vd. ad es. G. G. ARCHI, *La donazione (Corso di diritto romano)*, cit., p. 18; P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38 (1987), p. 77. Tale ipotesi interpretativa non è astrattamente inverosimile, ma andrebbe coerentemente coordinata col dato palingenetico. Si tratterebbe allora di verificare il rispetto della *quarta Falcidia* e quindi di calcolare nell' *hereditas* i beni oggetto di negozi tra vivi di trasferimento da parte dell'ereditando *donandi causa* a *personae non exceptae*, colpiti dal divieto della legge Cincia, perché superiori al limite imposto da essa. Nel calcolo del patrimonio ereditario quindi, se da un lato si stimerebbero anche questi beni, d'altro lato sarebbero esclusi i frutti, i parti e le pensioni locative percepite dal donatario. Saremmo di fronte ad una logica analoga a Iul. D. 24, 1, 17 pr. *supra* pp. 227 ss.

[2] *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata.* Sul passo, in relazione al

Confermata è, altresì, la necessaria esplicitazione del rapporto tra *usus fructus* e *fructus*, ricorrente nella famosissima definizione delle *res incorporales* (Gai. II, 14: *incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut... usus fructus... nec ad rem pertinet, quod... fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt...; nam... ipsum ius utendi fruendi...*)[3].

Essa, all'interno della classificazione delle *res*, come oggetti di diritto, in base al loro essere corporee o incorporee, evidenzia in Gaio, in rapporto all'*exemplum* prescelto dei *fructus qui ex fundo percipiuntur*, una forte connotazione materialistica del concetto (*fructus* come *res corporales*), meno tecnica del *frugem pro reditu appellari* di Giuliano (D. 50, 16, 77 *supra* pp. 219 ss.), e probabilmente condizionata dall'angolatura prescelta del rapporto tra *fructus –res corporalis* e *usus fructus-res incorporalis*.

Questa è la cornice entro la quale bisogna approfondire la nozione gaiana di *fructus* e la tenuta di essa rispetto a forme di reddito che ne sono estranee.

2. *Estensione del* fructus hominis *dalle* operae *degli schiavi al reddito di sostituzione percepito dalla locazione di esse* D.7,7,4

Gaius *l.secundo de liberali causa edicti urbici* D. 7, 7, 4
Fructus hominis in operis constitit et retro in fructu hominis operae sunt. et ut

pegno di cose future, in senso conservativo già MANIGK, *Hypotheca*, in PWRE. IX, 1, coll. 343 ss., in particolare col. 368; sebbene siano state proposte numerose ipotesi di interpolazione o glossemi, vd. ad es. E. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano,* Roma (1930), pp. 21 ss.; SILVIO ROMANO, *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, Padova (1931), pp. 79 ss.; A. CARCATERRA, *Il pegno delle cose future*, in AUBA. (1940), p. 129 *n.v.*; M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 160 n. 24. L'indirizzo giustinianeo in materia è parso però 'classicista', F. M. DE ROBERTIS, *Sul problema della estensibilità del pegno sui prodotti della cosa nel diritto romano*, in AUBA. n. s. IX (1948), cito da *Scritti varii* I (1987), pp. 279 ss. Lo ritengono sostanzialmente genuino, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di diritto romano) II. Le garanzie reali*, Padova (1963), pp. 153-154; H. WAGNER, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfand*-nexus *unterliegenden Sklaven,* in SDHI. 33 (1967), p. 186 e n. 106; V. KURZ, *Emptio rei speratae pura* cit., in *Labeo* 20 (1974), pp. 203-204 n. 30; H. ANKUM, in AA. VV., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks* in bonis alicuius esse cit., in ZSS. 104 (1987) R. A., pp. 402-404; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 121 e n. 88; A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen* cit., Köln- Weimar- Wien (1996), pp. 90-92.

[3] Vd. altresì Gai *1 de verb. obl.* D. 46, 1, 70, 2, su cui M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 169-170; S. TAFARO, Pars rei *e* proprium quiddam cit., pp. 192 ss. Sul rapporto tra la classificazione gaiana e le altre «arti» vd. ora M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., pp. 169 ss., su Gai. II, 14, pp. 144-145.

in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum.

La restituzione palingenetica di questo frammento[4], inserito dai giustinianei nel titolo *De operis servorum* D. 7, 7, ne permette la piena valutazione riguardo alle tematiche qui prese in esame. Si tratta, infatti, del secondo libro di commento alla rubrica edittale *de liberali causa* (E. XXXI), corrispondente all'ottavo libro dell'intero commento gaiano *ad edictum praetoris urbani*, ove si tratta della *petitio ex libertate in servitutem*[5]. Bisogna precisare, allora, il collegamento dell'affermazione gaiana rispetto alla tematica affrontata in questa parte del commento e, successivamente, chiarirne il significato.

Gaio parla di *fructus hominis* in relazione ad una *causa liberalis* in quanto, pur a fronte della regola sul *vindicias dicere secundum libertatem* applicata nella *legis actio sacramento in rem* su questioni di *status libertatis* fin dalle XII Tavole[6], si pose abbastanza presto la questione del risarcimento del valore delle giornate lavorative perse dal *dominus* durante il processo, nel caso di soccombenza dell'*adsertor libertatis*. La possibilità di una stima dei tre arbitri del *fructus hominis* anche nel processo di libertà presuppone un suo riconoscimento in caso di *legis actio sacramento in rem* tra due *patres familias* che si contendano una *persona in potestate manuve mancipiove*. Da questo originario àmbito di applicazione, una linea interpretativa avrebbe esteso la *duplio fructus* anche alle *causae liberales* in caso di soccombenza dell'*adsertor libertatis*, e successivamente, col processo formulare, alla restituzione dei frutti nella *petitio ex libertate in servitutem*[7]. Una nozione di *fructus hominis* è pre-

[4] Su questo frammento vd. ad es. G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 13-14 e n. 5; H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 232; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., pp. 133-134; F. SCHULZ, *Impensae necessariae* cit., p. 99 n. 1; J. LAMBERT, *Les* operae liberti, Paris (1934), pp. 47-48; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 203 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione* , in BIDR. 62 (1959), p. 61; M. KASER, Rc. a Franciosi in ZSS. 79 (1962) R. A., p. 396 n. 20; P. PESCANI, *Le* operae libertorum cit., p. 14; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 196; W. KRÜGER, *Erwerbszurechnung kraft* Status cit. , p. 80 e n. 78; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 75 e n. 70; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 87-88; J. RESZCZYŃSKI, *Impendere, impensa, impendium* cit., p. 226; A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., pp. 144-145; C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del* usus cit., p. 141.

[5] O. LENEL, *Palingensia* cit., I, coll. 186-187; ID., *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., pp. 382 ss.; M. KASER, Rc. a Franciosi cit., p. 396 n. 20.

[6] Vd. *supra* p. 45 n. 38.

[7] *Contra* G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà* cit., pp. 250 ss., in base alla regola che lo schiavo,

sente già all'origine dell' usufrutto, come dimostra la discussione tra Manilio, P. Mucio e Bruto sul *partus ancillae* in materia di *usus fructus servi* (D. 7, 1, 68 pr. *supra* pp. 82 ss.).

Con la prima frase di D. 7, 7, 4 (*fructus/constitit*) si evoca proprio la regola maturata nella antica *interpretatio* alle XII Tavole, risalenza storica che si perde se si accetta l'emendazione del Mommsen di *constitit* (qui come perfetto di *consisto*) in *consistit*[8]. Grazie ad essa si includono nel significato del *fructus hominis* le *operae*. Da questa inclusione si deduce, viceversa, che nella causa liberale si computano *in fructu* le *operae* del presunto schiavo[9]. Dapprima si ricorda la regola più antica maturata nell'àmbito del *lege agere sacramento in rem* e poi si coglie il suo collegamento con la restituzione dei frutti processuali anche nella *causa liberalis*.

In questa prima parte Gaio registra uno stato delle cose che la tradizione tramandava e che lui con sintetica maestria riassume. Di qui l'applicazione alle *operae servorum* della regola sulla deduzione delle spese, per quantificare il reddito al netto, regola questa emersa con Sabino[10].

In questa sede, mi preme altresì approfondire il significato del *fructus hominis* come consistente nelle *operae servorum*[11]. A mio avviso, infatti, è

durante il processo di libertà è *liberi loco* (vd. ad es. Gaio in D. 40, 12, 25, 2) e alla assenza di possesso del *dominus*. La menzione di un *fructus hominis* proprio nei commentari alla clausola edittale *de causa liberali*, però, proprio perché conseguenza della restituzione palingenetica, ha una forza argomentativa allo stato delle cose difficilmente controvertibile. Il particolare significato del *fructus hominis*, poi, è un'ulteriore conferma, in quanto non si tratta di risarcire al *dominus* le *operae* effettivamente prestate, ma il valore delle 'giornate lavorative' di cui questi è stato privato durante la *causa liberalis*; vd. M. KASER, Rc. cit., p. 396 n. 20. Per la stessa ragione, non mi sembra cogliere nel segno la critica alla tesi del Lenel e del Kaser, recentemente espressa dal WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse* cit., pp. 142-145. Infatti, D. 40, 7, 4, 8, citato contro la tesi qui seguita, prova soltanto che lo schiavo durante la controversia non sia tenuto a prestare le *operae* al suo presunto *dominus*, il che non esclude una restituzione delle *operae percipiendae* nell'eventualità di soccombenza.

[8] Vd. per questa modalità d'uso riguardo l'origine dell'usufrutto Gai. *2 rer. cott.* (D. 7, 1, 3, 1): *constitit autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus.*

[9] Sul *retro* nel senso di inversione logica vd. O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 75 n. 70; e R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 175.

[10] F. SCHULZ, *Impensae necessariae* cit., p. 99 n. 1 e ora, J. RESZCZYŃSKI, *Impendere, impensa, impendium* cit., p. 226.

[11] *Fructus hominis* nel senso di 'frutto' del *servus* si evince i. f. (*in operis servorum*). Uso questo coerente alle antiche formule della *legis actio sacramento in rem* e della *mancipatio*. La delimitazione del *fructus hominis* come concezione naturalistica e non metaforica alle sole

opportuno un tentativo ricostruttivo del significato di *fructus hominis* nel suo svolgimento storico.

L'originaria concezione naturalistica vede nel 'lavoro' degli schiavi (*opera*)[12], espressione dell'energia lavorativa derivante dall'uomo, il loro normale reddito. Le *operae* si materializzano nella quantità di lavoro quotidiano e poi nelle 'giornate lavorative'[13]. Le *operae* prestate, intese come *res certae* di genere, sebbene non ancora *in rerum natura*, sembrano costituire così un rapporto materiale col soggetto che le deve prestare, in termini di 'prodotto' derivante da quest'ultimo, sì da rappresentare un suo frutto. Di qui la possibilità di cogliere intuitivamente nelle *operae servorum* il valore produttivo della 'giornata lavorativa'. Quest'idea originariamente non doveva limitarsi ai *servi*, ma a tutti coloro che prestassero *operae servi loco*[14].

Esiste anche rispetto al lavoro libero questo diretto rapporto *homo-operae* in termini di *fructus*? Q. Mucio (D. 22, 1, 45 *supra* pp. 108 ss.) evoca una concezione naturalistica del 'lavoro' autonomo libero non come 'prodotto', ma come fonte produttiva di *fructus* (*fructus ex facto natus*), rispetto ad un'ipotesi nella quale risultato del lavoro umano e frutto naturale coincidono. Servio Sulpicio Rufo, coerente alla concezione delle *operae servorum* come *fructus hominis* (D. 40, 7, 14 pr. *supra* pp. 125 ss.), considera frutti anche i potenziali redditi ricavabili dalle *operae* dei liberti (D. 38, 1, 26, 1 *supra* pp. 119 ss.).

In Labeone emerge da un lato l'ampia redditività dello schiavo in usufrutto, non più circoscritta alle *operae*, come suoi frutti, ma estesa agli

operae servorum sarebbe conseguenza della necessaria «duplicità: fonte produttrice, beneficiario del reddito. Resta in tal modo... escluso che possa considerarsi *fructus* l'*opera* dell'*homo liber*»; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 196.

[12] Per l'antichità di *opera* come «Dienstleistung» vd. H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete* cit., pp. 183-187.

[13] Vd. ad es. Cat. *De agri cult.* 22, 3 «... *operas VI...*"; Varr. *De re rust.* 1, 18, 2: «... *operas XIII...*". Sulla risalenza al III sec. a. C. del concetto di *operae pretium* vd. H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete* cit., pp. 189 ss.

[14] Concezione, forse, riflessa nella *lex Poetelia Papiria* del 326 a. C. per il lavoro dei *nexi*: *liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat nectebat, dum solveret...* Varr., *De ling. Lat.* VII 105; vd. D. NÖRR, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, in ZSS. 82 (1965) R. A., pp. 67 ss., in particolare p. 89 e n. 108; su questi problemi vd. altresì H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete* cit., pp. 288-289; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano (1981), pp. 164 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato*[2] cit., I, pp. 244-248; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 90-91. Il che potrebbe includere gli *auctorati* in base alla loro originaria posizione giuridica ex Gai. III, 199; vd. W. KUNKEL, *Auctoratus*, in *Eos* XLVIII, 3 (*Symb. Taubenschlag*) III, Varsavia (1957), pp. 207 ss.; su cui ora O. DILIBERTO, *Ricerche sull'*«auctoramentum» *e sulla condizione degli* «auctorati», Milano (1981), p. 8, pp. 64 ss., 72 ss.

acquisti *ex operis* (D. 7, 1, 21=*Vat.* 71b *supra* pp. 144 ss.). Essi peraltro non portano ad un'estensione della nozione di *fructus hominis*, ed anzi da essa sembrano sganciarsi. Ciò è confermato dal fatto che dove questa estensione non è di per sé rilevante ai fini dei frutti oggetto di *restituere*, si ribadisce con forza la regola del *fructus hominis in operis constitit* in base alla necessaria permanenza in vita dello schiavo (D. 6, 1, 79; su cui *supra* pp.173 ss.).

Nei *Tres libri iuris civilis* di Sabino si coglie la tensione impressa alla nozione di *fructus hominis* dall'usufrutto. L'usufruttuario fa proprio il *quidquid ex opera (servi) adquirit* (D. 7, 1, 21 = *Vat.* 71b; *supra* pp. 144 ss.). Si separa l'ampiezza del contenuto dell'usufrutto ed in particolare il potere di far propri gli acquisti *ex opera* dello schiavo non in termini di diritto ai frutti. Giuliano estende in chiave analogica, mantenendo però distinti i concetti, anche a questi acquisti la regola proprietaria dell'acquisto dei frutti (D. 22, 1, 25, 1: ... *quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt...* *supra* pp. 233 ss.).

D. 7, 7, 4 è quindi una testimonianza preziosa, perché ricorda il primo sforzo interpretativo legato al significato da dare al *fructus hominis* (*fructus hominis in operis constitit*), maturato nell'ambito dell'*interpretatio* alle XII Tavole per rivendiche dapprima di tutte le *personae alieno iuri subiectae* e poi, in particolare, dei *servi*, con la graduale accentuazione di forme differenziate di potere su *res* e *personae*, e la patrimonializzazione dello schiavo. Essa viene estesa, altresì, alle *causae liberales*. Ciò è la condizione storico-dogmatica della possibilità di pensare un *usus fructus servi*, fin dalla nascita dell'istituto[15]. Proprio l'*interpretatio* della giurisprudenza tesa a fissare l'ampiezza del pieno godimento del *fructuarius* sullo schiavo, comporta una estensione della nozione di *fructus hominis*.

A Gaio è ben presente lo sviluppo interpretativo maturato sulla nozione più antica di *fructus hominis*, attraverso la sua estensione nell'àmbito dell'*usus fructus*, come dimostrano il suo commento *ad edictum provinciale* e le sue *Institutiones*.

> Gaius *libro septimo ad edictum provinciale* D. 7, 7, 3
> *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes.*

[15] La posizione del GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 203-204, a riguardo, non è sempre perspicua. Egli da un lato coglie uno stretto legame tra il «valore che ha il lavoro umano» e «la misurazione e valutazione delle *operae*». Ciò renderebbe ragione della loro «considerazione dal punto di vista del prodotto, del reddito». D'altro lato, egli evidenzia «il parallelismo» tra *operae* e cose corporali. Egli nega, però, una concezione naturalistica delle *operae servorum* come *fructus*. In quest'ultimo senso, con decisione, invece, il LAMBERT, *Les* operae liberti cit., p. 47.

Il passaggio tra la identificazione del *fructus hominis* nel suo lavoro, nelle sue 'giornate di lavoro', alla estensione del reddito percepibile dalla concessione del loro godimento previo corrispettivo (*locatio conductio operarum*)[16], trae origine nella interpretazione giurisprudenziale in materia di *usus fructus*[17]. Essa è il presupposto del superamento dell'antica concezione, per una più ampia redditività dello schiavo non legata semplicemente al suo lavoro, ma economicamente al reddito di sostituzione che può trarsi da esso.

Per quanto riguarda gli acquisti dello schiavo in usufrutto, è importante:

> Gai. II, 91: *de his autem servis in quibus tantum usum fructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquirat...*

Qui è ricordata esattamente la regola presente nei *Tres libri iuris civilis* di Sabino (D. 7, 1, 21 = *Vat.* 71b; arg. anche ex *placuit*). Spettano all'usufruttuario oltre i frutti, anche tutti gli acquisti dello schiavo, non soltanto le sue *operae*, ma tutte le cose da questi acquistate *ex operis suis vel ex re fructuarii*. Il contenuto dell'*uti frui* è oramai indipendente dall'estensione semantica di *fructus*.

[16] Sul rapporto tra D. 7, 7, 3 e la locazione in base al richiamo delle mercedi, vd. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione* cit., p. 61, sebbene con deduzioni non sempre condivisibili (ad es. che oggetto del *locare* non sarebbero mai state le *operae* ma soltanto lo schiavo); vd. le riserve di M. KASER, Rc., in *Iura* 11 (1960), p. 231. Ipotizza uno sviluppo storico dalla *locatio servi* alla *locatio operarum*, J. A. C. THOMAS, Locatio *and* operae, in BIDR. 64 (1961), p. 233; cfr. altresì R. MARTINI, «*Mercennarius*». *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano (1958), pp. 15 ss.; sul punto vd. ora R. FIORI, *La definizione di* locatio conductio cit., pp. 174-177 e p. 287, il quale appiattisce forse storicamente la regola *fructus hominis in operis constitit* sul *frui praestare*, che, d'altronde, per la tesi sostenuta dall'A., è fortemente significativo. Peraltro, la bene rilevata esistenza nei formulari catoniani (*op. ult. cit.*, pp. 36 ss.) di locazioni di *operae*, si addice ad una loro concettualizzazione preesistente che facilita, proprio nella prospettiva ipotizzata dal Fiori in relazione alla locazione, ma potremmo estendere il discorso anche all'usufrutto, una sua adeguata utilizzazione all'interno di istituti giuridici che le coinvolgono autonomamente.

[17] Vd. R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 133; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., 203 ss., 207-209; E. BUND, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht* cit., in ZSS. 73 (1956) R. A., p. 167 n. 56; W. KRÜGER, *Erwerbszurechnung* cit., p. 76 e 80; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 75 n. 70; C. ORIO, *Lasciti di* usus fructus *in funzione di rendita*, in *Index* 9 (1981), p. 242 n. 29; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., p. 87; C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del* usus cit., p. 141.

3. Fetus pecudum in fructu est: *razionalizzazione della opinione di Sabino e Cassio sui nati dagli animali in termini di loro ascrivibilità nei frutti dell'animale* D. 22,1,28 pr.

> Gaius *libro secundo rerum cottidianarum* D. 22, 1, 28 pr.
> *In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructarii.*

Il passo in materia di *fetus pecudum* nelle *res cottidianae* è relativo alla parte dedicata all'*usus fructus* (cfr. I. 2, 1, 37-38).

In esso sono presenti due affermazioni concatenate. L'una tesa a contenere nella nozione di *fructus pecudum*, insieme al latte, al pelo e alla lana, anche il *fetus pecudum* (in questo senso già Cat. *De agri cult.* 150: *hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum*)[18]. L'altra, alla prima conseguente, che gli agnelli, i capretti e i vitelli sono nella piena proprietà del possessore di buona fede e dell'usufruttuario «*statim*».

Attraverso il confronto con I. 2, 1, 37 si pone in termini problematici il richiamo al possessore di buona fede, all'interno di un contesto che tratta dell'usufrutto[19]. Il *pleno iure* è invece da preferire rispetto al *naturali iure dominii* istituzionale[20].

Altra questione da affrontare, intrecciata con il richiamo al possessore di buona fede, è l'acquisto subitaneo della proprietà dei nati dagli animali all'usufruttuario. Si è infatti voluta leggere qui una regola classica (quella della separazione) diversa e contraria al principio della *perceptio* maturata in età giustinianea[21]. Si è, altresì, ritenuto, contro questa ipotesi interpretativa,

[18] Il che non significa che non vi sia stata discussione come vuole M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 194. Sul rapporto con D. 7, 1, 68, 1: *Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere*, vd. ora J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 100-101.

[19] Il che rende inverosimile la natura glossematica dell'*et fructuarii* come ha sostenuto in un primo tempo M. KASER, *Die natürlichen Eigentumerwerbsarten* cit., pp. 253-254.

[20] Esso è proprio del linguaggio di Gaio per indicare coincidenza nello stesso soggetto del *dominium ex iure Quiritium* e dell'*in bonis habere* (Gai. II, 41); esattamente G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 45 n. 2. Di qui il significato che la locuzione assume per l'acquisto dei frutti; vd. sul punto M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 147 n. 157.

[21] M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto* cit., in BIDR. 22 (1910), p. 136; S. PEROZZI, *Istituzioni*² cit., I, p. 697 e n. 5; in un primo tempo M. KASER, *Geteiltes Eigentum* cit., p. 472. Vd. per altro, contro questa tesi, Gai. D. 33, 1, 8 : ... *quod in usu fructu non ita est, cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet.* Così G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., p. 138.

che nel caso specifico dei nati dagli animali sarebbe irrealistico distinguere tra *perceptio* e *separatio*, e che questa visione concreta sarebbe appunto quella romana[22]. Per altri, lo *statim* coglierebbe una distinzione tra l'acquisto del nato dall'animale singolo e l'acquisto degli animali nati da greggi o da armenti, problema probabilmente trattato dopo il *partus ancillae* (L. 28, 1 = I. 2, 1, 37), come si desume da I. 2, 1, 38. In quest'ultimo caso, infatti, l'acquisto sarebbe condizionato all'avvenuta *summissio*[23].

Ritengo che a riguardo l'interpretazione più convincente sia quella che differenzi il senso dello *statim* a seconda si tratti di possessore di buona fede o di usufruttuario. L'acquisto *statim* del *plenum ius* sui nati dagli animali da parte del possessore di buona fede si contrappone all'acquisto del solo possesso *ad usucapionem* del *partus ancillae* concepito e partorito presso il possessore di buona fede della schiava (vd. Ulp. *42 ad Sab.* D. 47, 2, 48, 5-6)[24]. A differenza del *partus ancillae* che *in fructu non est*, il nato dall'animale, che è suo frutto, è acquistato subitaneamente nel *dominium ex iure Quiritium* dal possessore di buona fede[25].

L'acquisto *statim* dell'usufruttuario si collega invece al *ius controversum* in materia. Con l'accentuazione della immediatezza dell'acquisto si vuole appunto significare il suo fondamento nel diritto ai frutti dell'usufruttuario. Non si richiede, cioè, la necessaria occupazione del nuovo nato, considerato prima di questa come *res nullius*. Si comprende anche, allora, come tale impostazione abbia favorito, rispetto ai nati dagli animali, la svalutazione del momento della *perceptio* rispetto a quello della *separatio*.

[22] È l'antica tesi di G. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 45; K. VON CZYHLARZ, *Glücks Erläuterung der Pandecten fortgesetzt*, Erlangen (1887), I, § 1731 ss., pp. 426 ss. [= *Commentario alle Pandette* cit., XLI, pp. 376 ss.]; vd. altresì R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 151.

[23] P. RAMELET, *L'acquisition des fruits par l'usufruitier et par le* possessor bonae fidei, Lausanne (1945), pp. 78 ss.; così anche G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 139.

[24] Al contrario, il *partus ancillae*, come il *fetus pecudum*, sono comunque considerati 'furtivi' e quindi insuscettibili di usucapione, se già concepiti al momento del furto o presso il ladro (*ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem...*).

[25] Vd. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 ss., in particolare pp. 145-148; è ora la tesi dominante, M. KASER, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., p. 412; G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 91-92; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., pp. 87 ss., in particolare la conclusione a p. 89. Non si pronunciano, invece, J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de frutos* cit., p. 465; M. AMAYA CALERO, *El hijo de la esclava hurtada y vendida*, in *Est. Iglesias* I, pp. 59-60.

Si circostanzia così il collegamento rispetto all'affermazione iniziale che il *fetus pecudum in fructu est*. La natura di frutto del nato dall'animale fa sì che sia il possessore di buona fede che l'usufruttuario ne acquistino subitaneamente la proprietà, il primo perché fa suoi i frutti, il secondo perché ha diritto ai frutti.

Con la differenza che lo *statim* ha un ruolo significativo differenziato nelle due ipotesi. Per il possessore di buona fede lo è rispetto alla problematica della natura furtiva della cosa madre e del diverso regime d'acquisto per usucapione del *partus ancillae*. Per l'usufruttuario lo è in relazione alla discussione sul modo d'acquisto della proprietà sul nato dall'animale.

4. *Partus ancillae in fructu non est*: esplicitazione della regola stoica che considera i frutti creati per il soddisfacimento dell'uomo D. 22, 1, 28, 1

Il parere di Giunio Bruto, divenuto *regula* probabilmente già con Q. Mucio Scevola, è confermato anche da Gaio.

> Gaius *libro secundo rerum cottidianarum* D. 22, 1, 28, 1
> *Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.*

A differenza del *principium*, questo paragrafo parla solo del rapporto tra *dominus* e *fructuarius*[26], e ricorda una *ratio* della *sententia Bruti* già emersa da tempo (*videbatur*). Essa non ritengo si radichi nell'originale soluzione di Giunio Bruto[27], ma al contrario è un ulteriore sviluppo interpretativo su quella maturato nella tradizione civilistica da Q. Mucio a Sabino[28], dato che, come abbiamo

[26] A riguardo il BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 ss., in particolare p. 144, accentua l'importanza della caduta del riferimento al *bonae fidei possessor* nel § 1 per comprendere l'esatto significato dello *statim* nel *principium*.

[27] Ai *veteres* pensa L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 229-230. La tesi della coincidenza tra le motivazioni di D. 7, 1, 68 pr. e D. 22, 1, 28, 1 - già espressa da G. BRINI, *La sentenza di Bruto* cit., p. 18 e Vs. BASANOFF, *Partus ancillae* cit., p. 225 - è sostenuta vigorosamente da O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 67; ID., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 66; ID., *Anthropologie juridique* cit., p. 344 n. 24; così anche M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 321 n. 70; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 270 n. 87; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 19 pp. 53 ss.

[28] Il WATSON, *Morality, Slavery and the Jurists* cit., p. 292, ritiene che il *videbatur* dimostrerebbe solo che «*Gaius* thinks that this was the original reason for the decision».

visto con Servio Sulpicio Rufo, la soluzione di Bruto innesca nel concreto processi interpretativi.

L'*absurdum* non evoca tanto il *ne... esse potest* di D. 7, 1, 68 pr., quanto sottolinea l'illogicità e l'incoerenza di considerare il *partus ancillae* un frutto della schiava, e ciò in base ad una regola stoica[29] - che sviluppa pensiero aristotelico[30] - secondo cui la φύσις crea tutti i frutti a vantaggio dell'uomo. Gli uomini stessi sono creati per soddisfare reciprocamente col lavoro i loro bisogni. La concezione stoica, già incontrata nel passo labeoniano (D. 33, 2, 42 *supra* pp. 181 ss.), viene qui a rafforzare l'esclusione del *partus* dai frutti. Sarebbe 'assurdo', infatti, considerare l'uomo stesso, a causa del quale la *natura* crea ogni frutto[31], un suo *fructus*. Non è più l'essere *homo* come tale a imporre l'esclusione del *partus ancillae* dal novero dei frutti, ma è il principio di natura che vede negli uomini i destinatari delle cose che la *natura* produce[32]. C'è, in sostanza, un collegamento tra le due *rationes*, che implica a mio avviso un ulteriore sviluppo dell'argomentazione[33], maturato probabilmente nella scuola sabiniana, grazie alla definizione di Labeone[34].

[29] Cic. *De off.* I, 7, 22; *De leg.* I, 8, 25; *De nat. deor.* II, 14, 37 vd. *supra* p. 132 n. 152.

[30] Arist. *Pol.* [1256b] I, 8, 11-12 (Aubonnet) [= I, 3, 7 Ross]; *supra* p. 132 n. 152.

[31] Sul concetto di *natura* nell'àmbito della motivazione di D. 22, 1, 28, 1, si è colta una tensione dinamica che non esprimerebbe un *Sein* da cui dedurre un *Sollen*, ma un «präpositiven, einer Weltordnung zugerechneten Sollen» da cui si deduce «ein positives Sollen»; sarebbe questa, quindi, una ragione per imputare la motivazione all'autore delle *Res cottidianae*, così TH. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache* cit., pp. 118-119. Per il WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., p. 51, si tratterebbe di «eine Gegebenheit..., die überaus komplex ist und vielfältige Sinnzusammenhänge, theleologische Strukturen und Wertdifferenzen in sich trägt», dalla quale deriverebbe una «normative Ordnung, die dem menschliche Verstand prinzipiell erkennbar ist». Il QUADRATO, *La persona in Gaio* cit., p. 26, accentua la «prospettiva dinamica di "valori" - tra Sein e Sollen -...». Di «valore... sentito come eteronormativo» dal giurista parla il TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 322 n. 72. Per il BEHRENDS, *Anthropologie juridique* cit., p. 344 n. 24, vi sarebbe, invece, una piena coincidenza tra questo concetto e quello stoico di *physis* nel quale si ha la parificazione dell'uomo agli dei, rispetto a tutte le altre cose create. Di «regola filosofica» parla ora A. ABRAMENKO, *Eine übersehene Stellungsnahme des* Trebatius cit., in ZSS. 114 (1997) R. A., p. 425.

[32] La conclusione giuridica è, in questo caso, stringente alla premessa rappresentata dalla regola stoica, e non può considerarsi una interpolazione. Così, invece, C. FERRINI, *Manuale di pandette*[3] cit., p. 254 n. 2; S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., p. 589 n. 1; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 132. Propendono per la genuinità, già con argomenti convincenti, H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 220; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 446-447; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 193 n. 1; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., p. 195. Approfondiscono, ora, il rapporto tra D. 22, 1, 28, 1 con la regola stoica, O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., pp. 73 ss.; B. HUWILER, *Homo et res* cit., pp. 255 ss. e p. 258.

5. *La carne e il pellame tratti dall'animale non sono un suo frutto in quanto la loro percezione implica necessariamente il perimento della cosa in usufrutto D. 7, 4, 30*

> Gaius *libro septimo ad edictum provinciale* D. 7, 4, 30
> *Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur.*

La carne e la pelle dell'animale morto non sono *in fructu*, giacché una volta morto l'animale l'usufrutto si estingue[35]. La logica stringente che sorregge le conclusioni giuridiche della questione è confermata dai modi di estinzione dell'usufrutto (vd. D. 7, 4).

Nel passo i prodotti che si ricavano dall'animale, *ad usum hominis,* non possono considerarsi frutti dello stesso, in quanto non sono da esso separabili senza intaccarne la sostanza. Il consumo della carne e l'uso del pellame dell'animale ne presuppongono il perimento, così da incorporarsi nel valore della cosa-madre. Il requisito della salvaguardia dell'integrità della cosa madre mi sembra tenere pienamente.

[33] Già il SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 447, coglie questo salto nell'argomentazione - seppure non ne trae tutte le conseguenze - quando afferma che, nel caso di D. 22, 1, 28, 1, la soluzione deriverebbe da un procedimento logico fondato sul principio *omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*. Prudente sulla sicura ascrivibilità a Bruto della «motivazione di provenienza stoica che leggiamo in Gaio» è anche F. HORAK, *Etica e giurisprudenza* cit., p. 169.

[34] Anche lo ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 18 pp. 55 ss., coglie un collegamento tra la motivazione di D. 22, 1, 28, 1 e la nozione «teleologica» di *fructus* riflessa in D. 33, 2, 42, sebbene questo A. ritenga quella gaiana la *ratio* originaria della *sententia Bruti*.

[35] Sul passo vd. ad es. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, p. 95; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 239; J. HAMMERSTEIN, *Die Herde im römischen Recht* cit., pp. 114-115; 125-126; R. ASTOLFI, Rc., in SDHI. 43 (1977), p. 649.

6. Fructus mercedesve *e* usurae et fructus*: autonomia concettuale e applicazione di regole comuni*

Da altre testimonianze gaiane emerge con nettezza l'autonomia concettuale tra *fructus* e ipotesi di reddito *ex negotiatione*. Così le mercedi locative (Gaius *10 ad ed. prov.* D. 17, 2, 34:... *fructus mercedesve* da coordinare con l'adesione gaiana a Elio Gallo D. 22, 1, 19 pr.; vd. *supra* pp. 59 ss.). Così anche le *usurae* (Gai. II, 280: *item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit*; Gaius *4 ad ed. prov.* D. 4, 4, 27, 1:... *ut tamen hoc et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat, et fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat...*; Gaius *18 ad ed. prov.* D. 35, 2, 73, 4: ... *ex fructibus vel usuris*).

Ciò è coerente con la precisazione gaiana, rispetto agli effetti del SC. sul quasi usufrutto (*Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*; *7 ad ed. prov.* D. 7, 5, 2, 1).

In conclusione, mi sembra che si confermi, attraverso una verifica della terminologia e delle regole giuridiche presenti in Gaio, una tendenziale consolidazione di significato del *fructus*, già riscontrata in Giuliano. Nel frutto si comprendono i redditi ricavabili dalle *res* corporali nate o prodotte da cose o persone, senza intaccarne la sostanza, escludendone invece il parto della schiava e di regola i lucri percepibili *ex negotiatione*, come le mercedi, le pensioni e gli interessi pecuniari. Il *fetus pecudum* soffre di qualche oscillazione, tra una sua inclusione nei frutti (la regola di D. 22, 1, 28 pr.) ed una tendenza ad accentuarne una sua specifica autonomia (vd. gli elenchi in D. 20, 1, 15 pr. *supra* pp. 242-243 n. 2), riflesso di una discussione emersa nella giurisprudenza da Q. Mucio a Gaio rispetto alla regola *fetus in pecudum fructu est*.

Gaio rappresenta un momento di cristallizzazione di alcune regole e di affinamento concettuale coerente ad un'attenzione ai problemi giuridici in funzione didattica, che trova nuove possibilità di riflessione e di critica nella giurisprudenza successiva, in particolare dell'età dei Severi.

CAPITOLO VII

LA PERSISTENZA DI UNA VIVACE DISCUSSIONE NELL'ETÀ DEI SEVERI, CHE VEDE CONTRAPPOSTI DUE FILONI INTERPRETATIVI: QUELLO DI PAPINIANO, SVILUPPATO DA PAOLO E SEGUITO DA MARCIANO; E QUELLO DI ULPIANO, SEGUITO DA MODESTINO E FATTO PROPRIO DAI GIUSTINIANEI

SOMMARIO: 1.Papiniano e l'estensione della nozione di *fructus* ad ogni reddito periodico percepibile dalla cosa, da questa derivante in base alla *natura* o al *ius*: A. *Vectura sicut usura non natura pervenit sed iure percipitur* D.6,1,62 pr.; B. *Fructus bonorum* e *faenus sortium* in materia di cd. quasi usufrutto: approfondimento del rapporto tra utile netto di un patrimonio e redditi che devono invece capitalizzarsi D.33,2,24 pr.; C. Restituzione delle mercedi locative come conseguenza dell'obbligo di restituzione dei frutti percepiti *ante litem contestatam* dal possessore di mala fede D.12,6,55; D. *Fructus e restitutio rei cum causa* D.22,1,2 e D.22,1,8; E. Percezione dei frutti naturali e computo delle mercedi locative in materia di restituzione della dote: principio dell'anno agricolo, proporzione temporale tra concessione di godimento attraverso la locazione e spettanza del reddito nell'ultimo anno dotale D.24,3,7,1; F. Fedecommesso universale *exceptis reditibus* sottoposto al termine della morte dell'onerato e verifica di cosa rientri nella nozione di *reditus hereditatis* D.36,1,60,4-5; G. Fondi destinati all'allevamento e *fructus praedii* D.8,3,4; H. *Emolumentum filii* e acquisti dello schiavo del peculio castrense D.49,17,15,3; I. Tensione in Papiniano tra sforzo costruttivo di una nozione bipartita di frutto dal punto di vista del «rapporto di derivazione» (*natura* o *ius*) e differenziazione delle regole per l'acquisto dei diversi redditi inclusi nella categoria. 2. La nozione di frutto in Ulpiano restringe l'ampia nozione di Papiniano, ricorrendo alla distinzione tra *fructus* e *quae vicem fructuum optinent*: A. Complesso lavoro di recupero del pensiero giuridico delle generazioni precedenti e apporto originale del giurista; B. La nozione di frutto nei *libri ad Sabinum*: a. In relazione all'*usus fructus* Ulpiano tenta di operare una sintesi, non sempre adeguata, tra nozione sabiniana e concezione di Labeone: ciò porta ad un indebolimento dei requisiti considerati come irrinunciabili dalla nozione più rigorosa di Giuliano; b. In relazione alla restituzione della dote si conferma la nozione di frutto come reddito-netto, risultato di un'operazione contabile. Verifica di questa in rapporto anche alla diminuzione del valore del patrimonio dotale in termini di incorporazione di alcuni redditi nel valore capitale; C. La nozione di frutto nei *libri ad edictum*: a. La questione dei *fructus servitutis* nell'*actio confessoria* e recupero della nozione labeoniana di frutto come utilità soggettiva che si trae dalla cosa; b. *Augmenta hereditatis* e *fructus* nella *hereditatis petitio* (L. 530): apporto originale di Ulpiano che elabora una distinzione tra frutti propriamente detti e cose che, di fronte al diritto, assumono le veci dei frutti. Approfondimento delle mercedi percepite dai fondi agricoli come reddito di sostituzione. 3. Paolo sviluppa la nozione papinianea di frutto giuridico, tentando una sintesi unitaria in termini di reddito di sostituzione: A. *Fructus* come reddito al netto e suo rapporto con le *usurae*; B. Le mercedi locative sono frutti della cosa locata D. 22, 1, 38, 13; C. Anche per Paolo l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede è il risultato dell'applicazione della regola dell'acquisto di essi come estensione della proprietà sulla cosa-madre D. 41, 1, 48 pr. 4. Marciano segue la nozione estesa di frutto elaborata da Paolo D. 20, 1, 11, 1. 5. La giurispruden-

za dell'età dei Severi e le diverse nozioni di frutto da essa tramandate: la distinzione papinianea tra frutti naturali e frutti giuridici, e suo parziale accoglimento in Paolo, che tenta di costruirvi una nozione unitaria, e Marciano; la distinzione di Ulpiano tra frutti propriamente detti e cose che fanno le veci dei frutti rispetto al diritto, trova accoglimento nel suo allievo Modestino. Importanza della concezione di Ulpiano nella Compilazione di Giustiniano (rinvio).

1. *L'estensione della nozione di* fructus *in Papiniano ad ogni reddito periodico ricavabile dalla cosa, da questa derivante in base alla* natura *o al* ius

A. Vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur (*Papin. D.6,1,62 pr.*)

Pap. *libro sexto quaestionum* D.6,1,62 pr.

Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit [*attigit:* M], *usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur.*

Si tratta di una rilevantissima riflessione su *vecturae et usurae*[1]. Siamo nell'àmbito del *restituere* processuale inerente alle azioni reali, ed in particolare si tratta dell'obbligo del soccombente, possessore interinale della cosa nelle more del processo, di restituire al vincitore sia la cosa sia i suoi frutti.

L'ipotesi da cui prende spunto la *quaestio* papinianea è relativa alla *rei vindicatio* di una nave[2]. Il possessore di mala fede della nave, soccombente nella causa, è condannato anche al valore dei *fructus percipiendi*, e ciò in analogia alle ipotesi della *taberna* o del fondo dati di consueto in locazione[3]. Da ciò si evince con chiarezza che l'*aestimatio fructuum* si concretizza nelle mercedi potenzialmente percepibili (anche se non di fatto percepite) dalla locazione della nave nel tempo del processo[4]. Siamo all'interno di una concezione che ascrive nel calcolo dei frutti da restituire anche il provento in danaro derivante dalla concessione d'uso della cosa attraverso la locazione[5].

Papiniano, coerentemente al genere letterario utilizzato, approfondisce l'affermazione in rapporto ad un'ipotesi già trattata in un precedente libro della stessa opera (Ulp. *15 ad ed.* D.5,3,20,14)[6], dell'*hereditatis possessor*[7] che non 'tocchi' materialmente (*attingere*) il danaro trovato nell'eredità, e quindi non sia obbligato ad *usuras praestare* nei confronti del vero *heres*.

[1] Sul passo, vd. A. Pernice, *Parerga VIII. Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, in ZSS. 19 (1898) R. A., pp. 132-133; F. Schulz, *Die Aktivlegitimation zur* actio furti *im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 32 (1911) R. A., p. 86; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 190 e n. 2; A. R. Herdlitczka, *Die Bedeutung des Besitzes* cit., pp. 274 ss., in particolare 307 e n. 3; M. Kaser, *Besitz und Verschulden* cit., pp. 110-111; Id., *Restituere*[2] cit., pp. 11 ss.; p. 197 (Nachträge); Id., *Die Passivlegitimation zur* hereditatis petitio, in ZSS. 72 (1955), R. A., p. 123 n. 105 (continua da p. 122); Id., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 124 n. 179; G. Beseler, *Beiträge zur Kritik* cit., IV, p. 37; Id., *Unklassische Wörter*, in ZSS. 57 (1937) R. A., p. 7, p. 25; Id., *Beiträge*, in ZSS. 66 (1948) R. A., p. 377; H. Kreller, Rc. a Kaser, in ZSS. 53 (1933) R. A., pp. 566-567; H. T. Klami, Mutua magis videtur quam deposita. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, [Comm. Human. Litt], Helsinki (1969), pp. 66 ss.; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 197 n. 12 e 13; S. Schipani, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 41-43; F. Sturm, Rc. a Schipani, in ZSS. 90 (1973), p. 442; A. Biscardi, *Actio pecuniae traiecticiae*, Torino (1974[2]), p. 190; Id., Pecunia traiecticia e stipulatio poenae, in *Labeo* 24 (1978), p. 281; W. Litewski, *Tra mutuo e deposito* (Rc. Klami), in *Index* 3 (1972), p. 562; Id., *Le dépôt irregulier*, in RIDA.22 (1975), p. 305 n. 260; A. Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld*, in BIDR. 79 (1976), pp. 129-130 n. 340; G. MacCormack, *Further on* periculum, in BIDR. 82 (1979), pp. 30-31; F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., p. 82; P. Voci, Diligentia, custodia, culpa. *I dati fondamentali* cit., in SDHI. 56 (1990), p. 48 n. 33; C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43 (1992), p. 65 e n. 160; M. Wimmer, *Besitz und Haftung* cit., p. 82; 108-109; M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del* mutuum cit., p. 78.

[2] L'ipotesi del Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 12 che qui il *petere* della parte iniziale atterrebbe non alla *rei vindicatio* ma alla *hereditatis petitio* non è in realtà necessaria per cogliere il parallelismo tra le due ipotesi; vd. la critica di Kreller, Rc. cit., p. 566; che lo stesso Kaser accoglie nei 'Nachträge' all'edizione del 1968, p. 197; così anche S. Schipani, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 42 n. 1.

[3] Il *locari solere* come specificazione dell'ipotesi della *taberna* e dell'*area* potrebbe far pensare ad un dato sottinteso nel caso esaminato, quello del consueto ricorso alla locazione delle navi per il trasporto merci. Questo non significa che di consueto la nave rivendicata lo fosse. La specificazione *ut in taberna et area quae locari solent* fa pensare proprio al contrario. D'altronde, il comportamento del convenuto con azione reale che *navem tempore navigationis transmare misit* non perfeziona una *culpa* (Paul. D. 6, 1, 16, 1; vd. sul passo S. Schipani, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 41), ed è lecito per l'usufruttuario della nave esercitare le sue facoltà mandando in navigazione la stessa pur nell'imminenza di un pericolo di navigazione (Sab. in Ulp. D. 7, 1, 23, 1; *Vat.* 72).

[4] Vd. ora esattamente M. Wimmer, *Besitz und Haftung* cit., p. 108.

[5] Di «assimilazione generica» parla il Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 190 e n. 2; vd. anche M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 197 e n. 12-13.

[6] *Papinianus autem libro tertio questionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum.* A riguardo non c'è bisogno di ritenere che l'epigrafe del frammento vada allora corretta da VI a III libro, come vuole il Beseler, *Unklassische Wörter* cit., p. 7.

[7] Già la Glossa specifica che il richiamo ad *heres* in D. 6, 1, 62 pr. andrebbe aggettivato con *putativus*; per la caduta dell'originario *here*[ditatis possessor] vd. G. Beseler, *Beiträge* cit., IV, p. 37. Il confronto con D. 5, 3, 20, 14 mi sembra a riguardo fondamentale.

In particolare, la regola delle *vecturae aestimandae in restitutione* non contraddice, per Papiniano, il diverso regime applicato al possessore dell'eredità, che non deve *usuras praestare* all'erede quando non 'tocchi' la *pecunia deposita*[8].

Secondo Papiniano, la ragione del diverso contenuto del *restituere* (in un caso la nave e le mercedi locative ricavabili da essa; nell'altro solo il danaro lasciato nell'eredità e non gli interessi ricavabili da esso), sarebbe da individuare nell'opposto accollo del *periculum* nelle due ipotesi, sebbene da un punto di vista più generale la *vectura,* come l'*usura, non natura pervenit, sed iure percipitur.*

È interessante notare l'*iter* logico che sostiene l'argomentare del giurista. Tenuto infatti conto di un elemento che fonderebbe l'analogia tra *usura* e *vectura*, si esclude l'applicazione comune della regola sui *fructus percipiendi* in base ad un elemento di differenziazione attinente alla responsabilità del convenuto per la cosa oggetto dell'azione. A differenza, infatti, della rivendica della nave, dove il perimento fortuito di essa è a carico del *dominus*-attore e non deve essere garantito dal possessore interinale nelle more processuali[9], l'eventuale perdita del danaro ereditario ricadrebbe sull'autore della *datio pecuniae* e quindi sull'*hereditatis possessor* e non sull'erede-attore. Ciò giustifica il fatto che soltanto nella rivendica della nave il possessore di mala fede debba al vincitore della lite le mercedi locative come *fructus percipiendi*, mentre nella *hereditatis petitio* il possessore dell'eredità non è obbligato a restituire all'erede gli interessi ricavabili dalle somme di danaro ereditarie, salvo che non decida di farne 'uso'[10].

Il discorso svolto trova conferma in un principio generale risalente a Giuliano, secondo cui il criterio-modello per la stima dei frutti oggetto di restituzione processuale non è quello legato al potenziale godimento fruttifero del possessore di mala fede, ma quello del potenziale godimento fruttifero dell'attore (D.6,1,62,1)[11].

Un problema interpretativo mi sembra l'affermazione in termini di regola : *cum pecunia periculo dantis faeneretur.*

Attraverso di essa si descrive una particolare condotta del possessore dell'eredità (*faenerare*) che non viene inclusa nell'*attingere* fonte di *usurae.* In sostanza, mi sembra che riemerga qui una distinzione, già in altre fonti attestata, che vede nella messa a disposizione di somme di danaro altrui verso interessi, un uso di esse che non viene ascritto in una condotta illecita del *non dominus*[12]. Il possessore dell'eredità che decida di *faenerare* danaro ereditario, pur realizzando in concreto l'*attingere* previsto come causa produttiva di un debito degli interessi, non viene assoggettato a questa obbligazione.

Non saremmo, allora, nell'ultima frase del frammento, di fronte ad un chiaro riferimento alla *pecunia traiecticia* nella quale si inserirebbe l'affermazione dell'accollo del 'pericolo' al *dans*, rendendosi coerente il confronto con l'ipotesi del locazione della nave[13]. Ciò non spiegherebbe, infatti, perché in questo caso non soltanto le *usurae percipiendae,* ma altresì gli interessi

[8] In D. 6, 1, 62 pr. il riferimento alla *pecunia deposita* è solitamente interpretato come «zurückgelegtes Geld», quindi in modo atecnico, come il danaro 'messo da parte' dal *de cuius* e non destinato al prestito ad interessi (così, ad es. F. C. von Savigny, *System* cit., VI, pp. 152-153; A. Pernice, *Parerga* cit., p. 133; M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 12 *deposita* = *reposita*; A. Wacke, *Die Zahlung* cit., p. 129 n. 340; ed ora M. Wimmer, *Besitz und Haftung* cit., p. 108 n. 475), sebbene in astratto si possa pensare alle somme di danaro depositate presso terzi da parte del *de cuius* o del possessore. Il punto è stato approfondito dal Klami, *Mutua magis videtur* cit., pp. 67-68, il quale richiama D. 13, 7, 6, 1 (Pomp. *35 ad Sab.*), dove si distingue chiaramente tra *pecùnia foenerata, pecunia in usum proprium conversa* e *pecunia deposita* al fine di riconoscere un *usuras praestare* del creditore pignoratizio (solo nelle prime due ipotesi) rispetto alla somma di danaro residua sottratto il valore del credito garantito dopo l'esercizio del *ius vendendi*.

[9] Regola questa, come è stato giustamente sottolineato, perfettamente coerente con quella emersa nel pensiero sabiniano che applica in materia il principio della *culpa*; vd. già A. R. Herdlitczka, *Die Bedeutung des Besitzes* cit., p. 307 e n. 3; M. Kaser, *Besitz und Verschulden* cit., p. 111 n. 1; più di recente S. Schipani, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 43; P. Voci, *Diligentia* cit., p. 48 n. 33; C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 65 e n. 160. Senza seguito, invece, la tesi dello Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., p. 86, che vi vedeva l'applicazione in materia della *custodia*, ipotesi peraltro influenzata dallo *status quaestionis* coevo sui criteri di responsabilità.

[10] La contrapposizione tra l'*attingere* e il *deponere*, come usi del danaro che producono effetti diversi in relazione all'*usuras praestare,* deve peraltro essere correlata con la concezione papinianea del sorgere di un debito di interessi in capo al depositario di danaro (si tratti di deposito regolare o irregolare), condizionato sempre ed esclusivamente dalla mora: *contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit* (D. 16, 3, 24). (Sul punto vd. sinteticamente quanto dico e la letteratura citata in *Il* periculum *e le* usurae *nei giudizi di buona fede*, in *L'usura ieri ed oggi* cit., pp. 56-59).

[11] *Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus [*FS; *fruitus* M-Kr*] sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Iulianus quoque probat.*

[12] In relazione ai giudizi di buona fede, vd. *Il* periculum *e le* usurae cit., pp. 19 ss.

[13] Così A. Biscardi, *Actio pecuniae traiecticiae* cit., p. 190; Id., *Pecunia traiecticia* cit., p. 281.

effettivamente percepiti dal possessore ereditario non vadano restituiti all'erede.

A me sembra, invece, che la frase *cum pecunia periculo dantis faeneretur* vada contestualizzata nella discussione riemergente nella *hereditatis petitio*, alla quale partecipano Labeone e Ottaveno (Ulp. *15 ad ed.* D.5,3,18 pr.)[14], Giuliano (Paul. *20 ad ed.* D.5,3,30)[15] e Marcello (*15 digest.* D.36,1,46 [44],1)[16], riguardo al mutuo di danaro ereditario[17]. L'*hereditatis possessor* che presta danaro ereditario lo fa 'a suo pericolo' e quindi, nel caso in cui il prestito vada a buon fine, potrà trattenersi le *usurae*, al contrario sarà comunque tenuto a restituire all'erede la somma capitale utilizzata. Prima del SC. *Iuv.*, questa regola prescindeva dalla buona o mala fede del possessore dell'eredità. Non sembra, peraltro, che Papiniano la valuti attraverso questa distinzione introdotta col SC., a differenza di Paolo e Ulpiano nei passi summenzionati.

Papiniano ricorda quindi la regola che sanciva la corrispettività tra *periculum* e *usurae,* rispetto al contenuto del *restituere* nella *hereditatis petitio*. Mentre con una *faeneratio pecuniae in hereditate inventae* nelle more processuali il possessore si accollerebbe tutti i rischi del prestito e, di conseguenza, gli interessi eventualmente percepiti, la *locatio navis petitae* è vista

[14] È questo il caso del *pretium* ricavato dalla vendita di un bene ereditario attraverso un argentario, a questo lasciato a credito al fine di ottenerne un reddito di interessi. L'eventuale perdita della somma di danaro presso l'argentario è accollata da Labeone al possessore dell'credità *quia suo periculo male argentario crediderit*, mentre Ottaveno limitava la restituzione alla cessione delle azioni contro l'argentario. Entrambi, a differenza di Ulpiano, non distinguono a seconda che il possessore sia di buona o mala fede, distinzione questa tipizzata nel SC *Iuventianum*. Sul passo vd. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 172-173; 182-184; ed ora M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 225.

[15] Giuliano riconosce la scelta all'attore tra *sortem tantum an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere*. Essa, estranea a sua volta alla distinzione tra *bonae* e *malae fidei possessor,* viene utilizzata da Paolo entro quest'ultima. Vd. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 184-187. Analoga possibilità di scelta introduce Marcello tra pupillo e tutore rispetto al danaro pupillare (D. 26, 7, 16); sul passo vd. *Il* periculum *e le* usurae *nei giudizi di buona fede* cit., pp. 45 ss.

[16] Si tratta di ciò che l'erede designato deve all'onorato da fedecommesso. In particolare: *... sed cum hereditarios nummos faeneraverit..., nihilo eo nomine praestat [sc. heres] ei, cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora, scilicet quia suo periculo faeneravit...*

[17] Il *faenerare*, coerentemente agli usi stessi di Papiniano (D. 14, 3, 19, 3; *'foenus'* in D. 20, 1, 1, 3, D. 22, 1, 9, 1, D. 22, 2, 4pr.; D. 22, 2, 4, 1; D. 24, 3, 42, 2; *pecunia fenebris* in D. 22, 1, 9 pr.), sta qui tecnicamente ad indicare il prestito di danaro ad interessi realizzato con una *mutui datio* accompagnata da una *stipulatio usurarum*.

come un uso consueto della nave nell'interesse del *dominus*, dato che è su quest'ultimo che ricadrebbe l'eventuale perimento della stessa. Di qui la spettanza dei *commoda ex negotiatione* potenziali soltanto nel caso della *rei vindicatio* della nave al *petitor*[18].

Il ragionamento accentua, quindi, la corrispettività tra *periculum* e *commoda ex negotiatione*, criterio questo più forte dell'applicabilità della regola sui *fructus aestimandi* alle *usurae* in analogia alle *vecturae*, in base alla loro comune natura di proventi *iure percepti*.

Approfondiamo ora questa analogia tra *vectura* e *usura* riconosciuta in astratto, ma esclusa in concreto in base al rilievo sul *periculum*.

Natura e *ius* fondano in modo differenziato il rapporto di derivazione delle utilità che possono ricavarsi da una cosa. L'esempio paradigmatico dei frutti percepiti *iure* è rappresentato dalle pensioni locative e nel caso di specie dalla *vectura*. *Ius* come fondamento di queste utilità coglie nell'atto relativo alla cosa il «rapporto di derivazione» del frutto da essa. La mercede sostituisce l'effettivo godimento della cosa, diviene cioè un reddito di sostituzione.

L'analogia con l'*usura* percepita in base alla *stipulatio usurarum* che accompagna il prestito di danaro, mantiene la nozione di 'utilità giuridica' all'interno della sua derivazione dalla cosa in base ad un atto giuridico. *Ius,* però, in un'età come quella di Papiniano, nella quale sono oramai ben evidenziate altre cause fonti di un debito di interessi (*mora, conversio in usus proprios, pactum*), in astratto potrebbe contenere altre ipotesi riconducibili a questa sfera, pur estranee al momento negoziale. Lo stesso Papiniano aveva ben chiarito che, rispetto alle *usurae*, nei *bonae fidei iudicia* : «*tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*» (*9 quaest.* D.16,3,24). Altrove (*2 resp.* D.22,1,7) egli esclude si tratti di *nummi steriles*, quelli sui quali si debbano degli interessi *ex mora*.

Il discorso svolto, quindi, evidenzia una logica tesa ad individuare una comune natura tra le *usurae* negoziali e le pensioni locative, come nuove forme di reddito ricavabili dalle cose. L'elemento comune non si individua, però, nella loro natura di redditi di sostituzione per la concessione d'uso ad altri della cosa (caratteristica presente solo per le *vecturae*), come invece accadrà nella moderna costruzione degli interessi del danaro e delle pensioni

[18] È questa, peraltro, spiegazione risalente: «redditur ratio quia locatio potest fieri sine metu damni, sed foeneratio, quia est periculum fenerantis»; BALDUS DE UBALDIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria* , ed. Venetiis (1599), I, f. 294, *lex* 62 *Si navis*; vd. sulla regola romana R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., pp. 519 ss., 526 ss.

locative come 'frutti civili'. In Papiniano questo ragionamento presuppone l'individuazione del comune fondamento del rapporto di derivazione del reddito dalla cosa, il *ius*, che contiene in sé il richiamo del fondamento negoziale della stessa (*stipulatio, locatio* o, eventualmente, *pactum usurarum*), pur in astratto aperto ad atti diversi (come quello del giudice di fissare interessi).

B. Fructus bonorum *e* faenus sortium *in materia di cd. quasi usufrutto: approfondimento del rapporto tra utile netto di un patrimonio e redditi che devono invece capitalizzarsi* D.33,2,24 pr.

> Pap. *libro septimo responsorum* D.33,2,24 pr.
> *Uxori fructu bonorum legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.*

In un legato d'usufrutto di tutto il patrimonio rientrano, già con Proculo e Cassio (D.7,5,3), anche i *nomina* dell'eredità. Papiniano afferma che, per le somme di danaro date in prestito dal defunto, l'erede ha l'obbligo di *faenus praestari,* dopo che il legatario abbia prestata la *cautio* prevista dal SC. sul quasi usufrutto. Di conseguenza (*igitur*), le *usurae... debitae* prima che il legatario dia la *cautio* e relative a prestiti di danaro fatti dal *de cuius* (*nominum in hereditate relictorum*) dovranno essere oggetto della *cautio* come *sortes.* Al contrario, quando i prestiti con danaro ereditario siano fatti dall'erede, al legatario si daranno soltanto le *sortes* e non le *usurae* da queste ricavate, come allo stesso modo la *cautio* (*non cavebitur*) non avrà per oggetto gli interessi che, in base ad una regola consolidata (*placuit*), fossero dovuti per mora.

Siamo di fronte ad una testimonianza sulla cui genuinità non ritengo si possa ragionevolmente dubitare[19]. Essa è importante per comprendere come

[19] Oltre le deboli critiche formali del BESELER, *Unklassische Wörter* cit., in ZSS. 56 (1936) R. A., p. 97 che, a torto, dubita di un uso classico del *super* con ablativo (vd. per Papiniano D. 19, 1, 41; D. 20, 1, 1, 1; D. 22, 3, 26; D. 29, 1, 36, 4), i dubbi sostanziali sono legati essenzialmente a due ipotesi interpretative. Da un lato, quella proposta dal PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto* cit., pp. 116-118, il quale, coerente ad una contrapposizione tra diritto classico e giustinianeo, imputa a quest'ultimo la costruzione di un *usus fructus nominis*, mentre la giurisprudenza classica avrebbe interpretato il legato d'usufrutto del credito soltanto in termini di legato di rendita. In conseguenza in D. 33, 2, 24 pr. andrebbe eliminato il [*quoque*] e sostituita tutta la frase [*post impletam - cautionem*] con un <*non*> che ne ribalterebbe il significato. Anche la seconda parte confermerebbe questa ipotesi interpretativa, espungendo il richiamo alla *cautio* ([*cautionem interpositam*]) in favore di un diverso momento significativo per la spettanza degli interessi, quello della accettazione dell'eredità (<*aditionem hereditatis*>), così che il *deducere* non sarebbe collegato alla *cautio* ma alla quota spettante al legatario (<*dodrantem*>), dando al pensiero di Papiniano un senso diverso da quello che il passo tramanda. Forti riserve contro l'interpretazione di questo A. esprimono già F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto* cit., p. 83; S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., p. 789 n. 2; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 424. Essa può dirsi superata dopo le stringenti critiche di M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi* cit., p. 672 n. 131. Più resistente l'altra critica proposta in dottrina, relativa alla frase finale [*aut quod cavebitur*], perché in contrasto con il principio emerso rispetto al solo legato *sinendi modo* (Gai. II, 280) di un debito delle *usurae* dell'erede in mora verso il legatario; vd. C. FERRINI, *Ricerche sul* 'legatum sinendi modo', in *Rend. Ist. Lomb.* s. II, 33 (1900), p. 1223 [= in *Opere* IV, p. 229]; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme del legato nel diritto romano*, Roma (1920), p. 131. A mio avviso, sebbene la brevità dell'inciso faciliti diverse letture, l'ultima frase non attiene alla problematica di Gai. II, 280. Il *super his <usuris> non cavebitur* intende negare la capitalizzazione, ai fini dell'entità della *cautio*, di quelle *usurae* 'dovute' all'eredità *propter moram* da terzi, e non dall'erede al legatario. Queste, come quelle dovute per prestiti fatti dall'erede con danaro ereditario, non *augent hereditatem.* Sulle ragioni di questa esclusione vd. *infra* p. 266.

[20] Per il MAYR, *Praestare*, in ZSS. 42 (1921) R. A., p. 221 n. 1 l'uso del *praestare* sarebbe da spiegare in termini di *Nebenleistung*; il TALAMANCA, *Intorno ad una ipotesi* cit., p. 673 n. 136 ritiene che l'«espressione» possa intendersi sia «nel senso che il legatario ottenga la prestazione delle *usurae* mediante la cessione del credito e dell'azione, ... sia in quello che sia l'erede a dover prestare al legatario le *usurae* da esso riscosse». Va notato come, coerentemente ai significati del verbo nel linguaggio giuridico, la scelta di esso da parte di Papiniano possa ben riflettere le possibilità lasciate aperte all'erede, sia di garantire al legatario la futura consegna del danaro percepito come *faenus*, sia di garantirgli l'esercizio delle azioni per il credito sugli interessi.

si realizzasse l'usufrutto dei crediti in base alla disciplina del SC. sul quasi usufrutto e alle regole che la giurisprudenza ha elaborato su questa. A mio avviso, infatti, è altamente significativo che al meno chiaro *fenus quoque... praestabitur* della prima parte[20], corrisponda parallelamente un *usuras... debitas velut sortes in cautionem deduci* e un *sortes dumtaxat legatario dabuntur* della seconda. Questo dato va posto in relazione con la capitalizzazione degli interessi dovuti, sebbene non ancora percepiti dall'erede *ante cautionem*, insieme all'entità delle somme di danaro collocate a credito dal defunto, per concretizzare l'entità della *cautio* del legatario usufruttuario. Emerge un potere dell'usufruttuario sui crediti dell'eredità che impedisce una interpretazione della disposizione *mortis causa* in chiave di semplice legato di

rendita[21]. La moglie per esercitare il pieno godimento anche su questi 'beni' deve impegnarsi con la *cautio* imposta dal SC. a restituire nel *tantundem* il valore dei crediti. Per i *nomina in hereditate relicta* anche *cum usuris debitis*, mentre per quelli collocati dall'erede, in quanto negoziazioni compiute a suo pericolo, soltanto nell'entità delle *sortes*. Che senso avrebbe un obbligo di prestare la *cautio* di restituzione del *tantundem* comprensivo degli interessi come del capitale, se correlata non vi fosse una gestione autonoma di questi crediti da parte dell'usufruttuario?

Le *usurae debitae* della prima parte del frammento vanno intese come interessi dovuti in base ad un negozio giuridico e non *officio iudicis*, come dimostra l'inciso finale un po' sconnesso, ma coerente alla logica del passo. In esso non si fa menzione degli interessi per mora dovuti dall'erede al legatario, dal momento che non si è ancora prestata la *cautio*, ma delle *usurae debitae propter moram* relative a beni ereditari. Queste, come per quelle derivanti da prestiti fatti dall'erede con danaro ereditario prima della *cautio*, non dovranno essere oggetto appunto della *cautio* del legatario (*non cavebitur*). L'inciso ha probabilmente subìto una semplificazione della forma nella complessa tradizione epiclassica delle opere di Papiniano, riletto, forse, in chiave di debito degli interessi per mora dell'erede verso il legatario, coerentemente alla perdita di significato delle puntuali distinzioni fatte dalla giurisprudenza classica in relazione alla fonte di questo debito a seconda del tipo di legato.

[21] Si potrebbe per altro dedurre dalla frequente insistenza alla *cautio ex SC.* una certa discussione iniziale della giurisprudenza a riguardo, coerente con la limitata validità che ancora Nerva sosteneva (D. 7, 5, 3) del legato d'usufrutto del credito al solo debitore, come remissione del debito degli interessi. Non vedo però come potesse realizzarsi la linea interpretativa contraria, propugnata da Cassio e Proculo (*ibidem*) della validità del legato d'usufrutto del credito al terzo attraverso la cessione del credito e delle relative azioni al legatario, se non ricorrendo alla *cautio* del SC. Ciò pone in primo piano l'inserzione del breve D. 7, 5, 4 (*Ergo cautio etiam ab hoc exigenda est*) nel lungo frammento di Ulp. *18 ad Sab.* (D. 7, 5, 3; 5); sul punto, contro la lettura critica fatta da M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto* cit., pp. 117-118; seguita da G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 422-423, vd. le considerazioni di M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi* cit., pp. 675-677, dove si accentua che «il caso normale di questi frammenti brevi si ha quando, disponendo di due passi paralleli raccolti nel lavoro di escerpimento, i compilatori vogliano integrare l'uno, quello da essi prescelto, con qualche dato che invece risulta soltanto nell'altro...». Ciò, per altro, come nota lo stesso Talamanca in relazione a D. 7, 5, 3, rispetto al legato d'usufrutto del credito al proprio debitore, impone di considerare efficace questa disposizione, anch'essa una volta ricondotta al SC., in base alla prestazione della *cautio*.

Riguardo al rapporto tra *usurae* e *fructus*, mi sembra si debbano sottolineare due cose. Da un lato è confermata la precisa configurazione delle prime come redditi fondati sul *ius,* coerentemente a quanto sottolineato in D.6,1,62 pr. (*usura non natura pervenit sed iure percipitur*). Gli interessi pecuniari che *augent hereditatem* sembrano suscettibili di precise distinzioni a seconda della loro fonte e delle modalità del credito. Per Papiniano, infatti, non soltanto le *usurae perceptae* (per questa terminologia vd. già Q. Mucio in D.50,16,121 e Pap. in D.6,1,62 pr.) *ante cautionem* accrescerebbero il valore del patrimonio ereditario, e quindi verrebbero capitalizzate per l'entità della *cautio ex SC.*, ma anche quelle *debitae ante cautionem* in base a negozi conclusi dal *de cuius.* Non invece quelle *debitae ante cautionem* in base a negozi conclusi dall'erede o quelle dovute *propter moram.*

D'altro lato, si ha l'emersione dell'approfondimento di profili attinenti al tempo ed in particolare, rispetto a un modo di esprimersi prettamente moderno, al momento di 'maturazione' dei 'frútti civili'[22]. Sembra scorgersi sullo sfondo un parallelismo tra il concetto di *usurae debitae* e quello di *fructus maturi nondum percepti*. Questi ultimi, infatti, sebbene siano stati percepiti dopo la morte dell'ereditando e prima dell'*aditio hereditatis*, *augent hereditatem* per il calcolo della Falcidia *fundi nomine* (Pap. *19 quaest.* D.35,2,9 pr.; d'altronde Gaio ritiene che i *fructus pendentes pars fundi videntur*; *9 ad ed. prov.* D.6,1,44). In base a D.33,2,24 pr., per le *usurae debitae* al momento

[22] È questo un problema, rispetto al passo in esame, non affrontato, da quanto mi è dato vedere, nella moderna dottrina. Bisogna risalire alla monografia del GENTY, *Traité des droits d'usufruit*, Paris (1854), pp. 140 ss., sul passo p. 149-150, per una trattazione di esso in rapporto al momento dell'acquisto dei frutti civili. La distinzione ivi operata tra 'frutti civili' tratti dalla concessione in godimento di una cosa fruttifera, acquisiti nel momento in cui il concessionario percepisce effettivamente i frutti naturali (richiamando giustamente Scev. D. 7, 1, 58 pr., dove si nega alla *res publica*, legataria della nuda proprietà di terreni agricoli locati dall'usufruttuaria del *de cuius*, di poter agire contro i coloni che abbiano percepito il raccolto nel mese di ottobre e contro l'erede dell'usufruttuaria per una porzione delle pensioni locative dovute nel mese di marzo successivo alla morte di questa; si tratta della configurazione di queste mercedi, come poi dirà Ulpiano, «in luogo dei frutti naturali»; sul passo vd. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 156-158) e 'frutti civili' che si acquistano giorno per giorno, non rispetta la concezione papinianea (vd. per altro una critica alla distinzione già in G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 88-92). Per Papiniano, infatti, il momento della prestazione della *cautio* non è decisivo per un calcolo degli interessi maturati giornalmente, ma per l'inizio dell'effettivo godimento dei crediti da parte dell'usufruttuario. Rispetto, in particolare, ai crediti di interessi di somme prestate dal defunto (*fenus sortium quas defunctus collocavit*), essi saranno capitalizzati nelle somme-capitale ai fini del calcolo della *cautio* a prescindere dall'effettivo termine di scadenza o dalla percezione di essi.

della prestazione della *cautio*, si distingue da una parte tra quelle 'dovute' in base a negozi conclusi dall'ereditando e dall'altra parte quelle 'dovute' in base a negozi conclusi dall'erede o in base all'*officium iudicis propter moram*[23]. Soltanto le prime *augent hereditatem*; solo esse, cioè, devono essere capitalizzate.

Questa differenza mi sembra preziosa e finora non colta in dottrina. Si è di fronte ad una considerazione differenziata delle ipotesi di *usurae debitae* in base al momento in cui il debito sorge ed in base altresì alla sua fonte. Soltanto le prime sarebbero, infatti, 'dovute' al momento della morte del *de cuius*, in sostanza crediti dell'eredità con valenza di suo normale reddito. Le *usurae debitae* per prestiti fatti dall'erede, al contrario, sono crediti successivi alla morte del *de cuius,* del buon esito dei quali l'erede risponde. Gli interessi pecuniari, in questo caso, *non augent hereditatem*, ma spettano all'erede secondo la regola *commodum eius esse debet cuius periculum est*[24].

Anche gli interessi dovuti per mora *officio iudicis* in relazione a beni del patrimonio ereditario non lo accrescono (debito che può anche essere insorto dopo la morte del *de cuius*; vd. ad es. la *pecunia deposita* dal *de cuius*, per la cui restituzione, fissata con un termine scaduto dopo la sua morte, il depositario sia in mora; Pap. D.16,3,24), in quanto redditi ricavati occasionalmente dal patrimonio ereditario in base all'*officium iudicis* che sanziona qui il ritardo.

L'esclusione di queste *usurae* dal computo dell'entità della *cautio ex SC.* è quindi fondata sulla loro causa. Esse, cioè, pur teoricamente collegate al patrimonio ereditario da un «rapporto di derivazione» fondato *iure*, non sarebbero suo frutto in quanto non possono considerarsi un reddito che quello «periodicamente» produce. A differenza dello svilimento del requisito della periodicità che si è riscontrato nell'estensione sabiniana del frutto ad ogni reddito della cosa, Papiniano, pur operando con un concetto di frutto nel quale il rapporto di derivazione include anche la derivazione *iure* dalla cosa-madre, nega la natura di *fructus bonorum* alle *usurae debitae propter moram*, in quanto esse difettano del requisito della periodicità.

[23] Accentua l'importanza dell'uso della costruzione *propter moram*, rispetto ai più consueti *post moram* e *ex die morae*, per evidenziare la «causa degli interessi» G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* «usurae» cit., p. 2 e n. 2.

[24] Sul rapporto della regola con le *usurae* e i pericoli del credito nei giudizi di buona fede mi si permetta di rinviare a *Il* periculum *e le* usurae cit., pp. 11 ss.

C. *Restituzione delle mercedi locative come conseguenza dell'obbligo di restituzione dei frutti percepiti* ante litem contestatam *dal possessore di mala fede* D.12,6,55

> Pap. *libro sexto quaestionum* D.12,6,55
> *Si urbana praedia locaverit praedo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit non repetetur, sed domino erit obligatus. idemque iuris erit in vecturis navium, quas ipse locaverat aut exercuerit, item mercedibus servorum, quorum operae per ipsum fuerint locatae. nam si servus non locatus mercedem ut domino praedoni rettulit, non fiet accipientis pecunia. quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo. quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt.*

La restituzione palingenetica del frammento, escerpito dalla commissione giustinianea preposta a P dal l.VI delle *quaestiones* papinianee in materia di *rei vindicatio* e spostato nel titolo D.12,6 sulla *condictio indebiti*, permette di cogliere il nesso di continuità di trattazione nella catena D.6,1,62, D.12,6,55 e D.22,1,2[25], ed altresì l'angolatura da cui i compilatori guardano al frammento stesso, ritenendo importanti le precisazioni di esso rispetto ai limiti dell'esperibilità della *condictio indebiti*[26].

[25] L'ordine proposto dal LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 822 è L. 123 = D. 6, 1, 62; L. 124= D. 12, 6, 55; L. 125 = D. 22, 1, 2. P. KRÜGER, *Index librorum ex quibus digesta compilata sunt*, in *Additamenta II* al *Corpus iuris civilis I* nell'*editio stereotypa* dei *Digesta* Mommsen-Krüger, p. 939, inverte l'ordine di D. 12, 6, 55 e D. 6, 1, 62. Tenendo conto che D. 22, 1, 2 (su cui *infra* pp. 272 ss.) attiene all'ampiezza dell'obbligo di restituzione in termini di *causa praestari* nelle azioni *in personam*, mi sembra confermata la sua attuale posizione nella catena, come verifica dell'ampiezza dell'obbligo di restituzione in azioni estranee a quelle *in rem* appena trattate (*hereditatis petitio* e *rei vindicatio*) (*Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit...*). Rispetto al dubbio tra la precedenza di D. 6, 1, 62 o di D. 12, 6, 55, opto per l'ipotesi del Lenel, che mi sembra rispettare di più la logica delle questioni affrontate: la verifica della tenuta della regola in materia di restituzione dei frutti processuali nella *rei vindicatio* rispetto alle mercedi locative (D. 6, 1, 62); la verifica della tenuta della diversa regola per i frutti percepiti dal possessore di mala fede *ante litem contestatam* in relazione agli stessi proventi (D. 12, 6, 55).

[26] In ciò si realizzerebbe l'intervento dei compilatori, che al contrario non hanno modificato il testo nell'attuale versione. Esso peraltro è passato relativamente indenne alle critiche formali. In particolare, l'[*idemque iuris erit*], espunto da E. H. KADEN, *Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation,* in ZSS. 44 (1924) R. A., p. 180 n. 3, in base ad una indicazione di Partsch, è smentita dal frequente ricorso della costruzione in Papiniano: D. 3, 2, 25 pr.; D. 3, 5, 30, 1; D. 29, 4, 27 pr.; D. 33, 7, 3, 1; D. 40, 1, 20, 1; D. 41, 3, 42; D. 44, 3, 11. Per la sostanziale genuinità, R. SANTORO, *Studi sulla* condictio cit., p. 433, sebbene poi questo A. ipotizzi la non

Dopo aver trattato in D.6,1,62 dei frutti processuali oggetto di *restituere* da parte del possessore di mala fede (*fructus percipiendi*) e della verifica di questa regola rispetto a *vecturae* e *usurae*, si esamina in D.12,6,55 la questione relativa ai frutti percepiti dal possessore di mala fede *ante litem contestatam*. A riguardo la regola classica riconosce al proprietario della cosa madre il diritto a pretendere la restituzione dal *praedo* di tutti i frutti da lui percepiti, attraverso una *vindicatio* se *extantes* o una *condictio* se *consumpti*; essa viene verificata nella *quaestio* papinianea in relazione alle mercedi locative.

In particolare, si nega la ripetibilità da parte del conduttore dei *praedia urbana* della somma pagata a titolo di mercede al *praedo*-locatore[27]. Quest'ultimo sarebbe, invece, tenuto a restituire la somma ricevuta al proprietario degli stessi (*domino erit obligatus*).

Sorge la necessità di capire cosa si intenda per *obligari*. In teoria, data la mala fede del possessore, egli non acquista ciò che percepì dalla cosa altrui *ante litem contestatam*. Di qui la possibilità per il *dominus* di esperire una *vindicatio* autonoma per i frutti non consumati o di indicare nella *intentio* della *rei vindicatio* relativa alla cosa-madre anch'essi[28], e in alternativa, in caso tali frutti siano consumati, e quindi insuscettibili di *vindicatio,* di esercitare la *condictio*. Nella *quaestio* papinianea, però, si tratta delle mercedi locative percepite *ante litem contestatam* dal *praedo*, quindi, normalmente, di somme di danaro che il possessore di mala fede ha lucrato dalla cosa altrui attraverso la locazione conclusa col conduttore. La prospettiva materialistica delle mercedi locative, nel senso di *quod praedo mercedis nomine ceperit*, ed il collegamento col *non repetere* del conduttore fa pensare che l'*obligatus esse* sottintenda esclusivamente una *condictio* del *dominus praediorum* diretta al *pecuniam dare oportere* nei confronti del possessore di mala fede, piuttosto che una autonoma *vindicatio* per questi frutti o una

classicità proprio dell'inciso *domino obligatus erit*, a mio avviso non cogliendo in pieno la necessaria concatenazione di questa ipotesi con l'inciso finale.

[27] Per questo significato di *praedo* vd. ad es. Sab. in Paul. D. 5, 3, 36, 5; Proc. in Paul. D. 5, 3, 40 pr.; Iul. in Ulp. D. 5, 3, 31 pr.; Gai. D. 5, 3, 39, 1; D. 9, 4, 13; Pomp. in Ulp. D. 7, 1, 12, 4; Paul. D. 5, 3, 19, 2; D. 5, 3, 22; D. 5, 3, 28; D. 5, 3, 38; D. 5, 3, 40, 1; D. 41, 2, 5; Ulp. D. 5, 3, 11, 1; 13, 8; 13, 12; 25, 3; 25, 5-7; 25, 17a; 31, 1; 31, 3; D. 10, 3, 7, 4; D. 11, 3, 13, 1; D. 13, 7, 22, 2; D. 25, 5, 1, 3.

[28] Ad es.: *Si paret fundum Cornelianum et fructus ex eo percepti quibus de agitur ex iure Quiritium Ai. Ai. esse neque ea res...restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, s. n. p. a.*

pretesa contestuale alla stessa *rei vindicatio* della cosa madre[29]. Quest'ultima pretesa implicherebbe, infatti, il mancato acquisto della somma da parte del *praedo,* cosa che la precisazione successiva rispetto alla sola ipotesi dello schiavo *non locatus* (*non fiet accipientis pecunia*) rende improbabile. Giustamente si è cercato di chiarire i diversi effetti del pagamento in base alle differenze tra le due fattispecie[30].

In sostanza, da un lato Papiniano considererebbe *debitae* le somme di danaro pagate a titolo di mercede dal conduttore al locatore-possessore di mala fede dei *praedia urbana,* in quanto fondate su un contratto le cui obbligazioni sono state adempiute, negando di conseguenza una *condictio indebiti* del primo verso il secondo. D'altro lato, il giurista accorderebbe al *dominus*, per questi proventi, la stessa *condictio* che si dà contro il *praedo* per i frutti consumati percepiti *ante litem contestatam*, coerentemente alla natura delle cose (somme di danaro) oggetto di ripetizione. Papiniano prevede una *condictio* esperita dal *dominus* dei *praedia urbana* per recuperare il valore delle mercedi locative che il possessore di mala fede abbia effettivamente percepito da questi prima della rivendica. Si potrebbe dire, tenendo conto della regola classica, che Papiniano non si pone alcun problema relativo all'esistenza presso il patrimonio del *praedo* del danaro ricevuto a titolo di mercede, e lo dà sicuramente per consumato.

L'esperibilità della *condictio* nei confronti del *praedo* varrebbe, oltre che per il *quod mercedis nomine captum* dell'ipotesi iniziale, anche per le *vecturae* percepite per la locazione o per l'esercizio imprenditoriale delle navi, per le mercedi percepite come corrispettivo della locazione delle *operae servorum*, quando sia lo stesso possessore di mala fede a concludere il contratto. In tutti questi casi, la circostanza che quest'ultimo abbia concluso il contratto è il fondamento per considerare liberato il conduttore e per escludere una sua *condictio indebiti* nei confronti del *praedo*, ed al contrario per riconoscere una applicazione analogica a queste ipotesi della *condictio* del *dominus* per la restituzione dei *fructus consumpti* contro il possessore di mala fede.

[29] Così già E. Betti, *La* condictio *dei* fructus *contro il possessore di mala fede,* in *Atti R. Acc. delle Sc. di Torino* 55 (1919-1920) [cito da estratto autonomo con numerazione propria], p. 13.

[30] Per il Betti, *La condictio dei* fructus cit., [estr. aut.], pp. 11 ss.; 16-17, il *praedo* non acquisterebbe la proprietà sulle somme di danaro che lo schiavo che *se locat* gli versa, anche in quanto persona diversa da quella (il *dominus*) alla quale il conduttore intendeva fosse destinata. Così anche R. Santoro, *Studi sulla* condictio cit., p. 434.

Al contrario, quando lo schiavo *non locatus* (cioè né dal possessore di mala fede, né dal proprietario)[31] consegni, *sine causa,* una mercede al *praedo*, come fosse il suo *dominus* (per la prassi servile di «*domino pro operis suis mercedem referre*», al fine di mantenere una autonomia nella allocazione delle *operae* riversando di tanto in tanto, e non sistematicamente, la mercede pagata da terzi conduttori allo schiavo che *se locat*, vd. *supra* D.40,7,14 pr., pp. 125 ss.), si esclude che la somma di danaro diventi del possessore di mala fede (*non fiet accipientis pecunia*). Non penso sia adeguato fondare questa conseguenza sulla consapevolezza dell'*accipiens* della natura d'indebito della somma datagli dallo schiavo oggetto di rivendica[32]. Qui manca oggettivamente una *causa debendi* (il possessore di mala fede non ha locato al terzo le *operae servi*, ma è lo stesso schiavo che *se locat* e che, per conservare questa parziale autonomia, *mercedem praedoni ut domino refert*). Manca altresì al *praedo* una legittimazione a trattenersi gli acquisti dello schiavo in quanto possessore di mala fede. D'altra parte, dal punto di vista del conduttore, le mercedi pagate allo schiavo sono comunque *debitae* e quindi giustamente adempiute.

Quali sono, allora, le conseguenze del *non fiet accipientis pecunia*?[33]. A mio avviso, rispetto al rapporto tra *servus* che *se locat* e conduttore, che rimane sullo sfondo ed è essenzialmente irrilevante per la *quaestio,* quest'ultimo, pagando la mercede, consegue l'effetto liberatorio. Ciò conferma l'irrilevanza per la *quaestio* papinianea dell'azione esercitabile dal conduttore.

Si può ipotizzare, per altro, il riconoscimento di una *condictio indebiti* a favore del *dominus servi* e contro il *praedo*, in quanto il *dominus,* attraverso il *referre* del suo schiavo, è come se avesse pagato al possessore di mala fede un *indebitum*.

Nelle successive ipotesi delle *vecturae* o delle *pensiones insularum* percepite dal possessore di mala fede per locazioni concluse dall'effettivo *dominus,* il provento ricevuto dal possessore di mala fede è ripetibile dal conduttore *solvens* con *condictio indebiti*, in quanto la *solutio* non è liberatoria, perché non soddisfa l'interesse del locatore-*dominus*.

Da tutte queste considerazioni, relative alle pensioni locative percepite dal possessore di mala fede *ante litem contestatam*, troverebbe una delimitazione la massima «*praedoni fructus posse condici*», in quanto la *condictio* del *dominus praediorum* contro il possessore di mala fede avrebbe luogo soltanto quando i 'frutti' percepiti da questi, nel caso di specie le mercedi locative, «*domini fructus fuerunt*».

All'interno della originaria prospettiva della *quaestio,* la precisazione della regola sulla ripetibilità dei frutti percepiti *ante litem contestatam* dal possessore di mala fede in quanto «frutti del proprietario», vale soltanto per la restituzione dei frutti al proprietario (*condictio* per i *fructus consumpti*), e non per la loro restituzione al conduttore (*condictio indebiti*)[34]. In particolare, a fronte della massima *praedoni fructus posse condici*, in astratto adeguata vuoi al caso in cui il *praedo* avesse titolo alle mercedi, dal punto di vista del contratto concluso col conduttore, ma non da quello della proprietà sulla cosa locata, potendo tali mercedi essere recuperate con *condictio* dal *dominus;* vuoi al caso in cui la locazione fosse stata conclusa direttamente dal *dominus* (ipotesi nella quale il conduttore non è liberato dalla sua obbligazione nei confronti del proprietario-locatore, salvo la facoltà di ripetere l'indebito nei confronti del *praedo*), Papiniano si preoccupa di circoscriverla (*tunc locum habet, cum...*) soltanto alla prima ipotesi, quella relativa alla *condictio* del *dominus praediorum*.

[31] Esattamente R. Santoro, *Studi sulla* condictio cit., p. 432, dove anche il superamento della critica su questa parte fatta dal Solazzi, *L'errore nella* condictio indebiti, in *Atti Acc. Napoli* (1939), ora in *Scritti* IV, p. 154.

[32] Per il Fuchs, Iusta causa traditionis *in der romanistischen Wissenschaft*, Basel (1952), p. 220, non si tratta qui di *solutio* in quanto l'*accipiens* «wissentlich als Nichtschuld angenommenes und damit "gestohlenes" Geld nicht zu Eigentum erworben werden kann».

[33] Si è ipotizzato, rispetto a questa ipotesi, data la *consumptio nummorum,* il ricorso alla *condictio ex causa furtiva;* J. G. Fuchs, *Iusta causa traditionis* cit., p. 220; così anche G. Donatuti, *Le causae delle condictiones*, in *Studi parmensi* 1 (1950), pp. 33 ss. [cito da *Studi di diritto romano*, Milano (1977), II, pp. 703 ss., in particolare p. 817 n. 544]. Contro questa ipotesi (escludendo giustamente che la percezione della mercede da parte del *praedo* sia configurabile come furto e quindi possa parlarsi di una *condictio ex causa furtiva*) e contro quella di una esperibilità da parte del terzo conduttore dello schiavo che *se locat* della *condictio indebiti* si è espresso R. Santoro, *Studi sulla* condictio cit., pp. 431 ss., il quale ipotizza, però, una *vindicatio nummorum* contro il possessore di mala fede. A riguardo, il *non fiet accipientis pecunia*, che esclude che il *praedo* divenga proprietario della somma di danaro ricevuta dallo schiavo, non implica necessariamente che qui si escluda per il *dominus* il ricorso alla *condictio indebiti*. Per il d'Ors, *Replicas Panormitanas IV* cit., pp. 39-40, esclusa la *rei vindicatio* non rimarrebbe che la *condictio indebiti*, lasciando peraltro in dubbio il lettore se egli faccia qui riferimento al terzo conduttore o al *dominus servi*. Per altro, questo A. (p. 40), cogliendo una certa sconnessione tra la logica dell'inserimento con *nam* del caso del *servus* che *se locat*, e quella che sorregge l'ipotesi successiva delle mercedi relative a locazioni concluse dal *dominus*, ipotizza una glossa esplicativa. Per la mia ricostruzione vd. *infra* pp. 271-272.

[34] Vd. esattamente R. Santoro, *Studi sulla* condictio cit., pp. 437 ss., il quale però sospetta della genuinità del riferimento alla prima *condictio*, per ragioni formali. A me sembra, al contrario, che proprio la prospettiva giustinianca, che accentua nel passo la rilevanza della *condictio indebiti,* rassicuri sulla genuinità del *sed (praedo) domino erit obligatus*, che è al contrario attinente alla *condictio* dei frutti contro il possessore di mala fede.

La proposizione finale avrebbe quindi, nel suo contesto classico, un significato parzialmente diverso da quello che assume agli occhi di un giurista dell'età dioclezianea o di un giurista dell'età di Giustiniano. Per questi ultimi, infatti, il più articolato collegamento tra regola e questione affrontata trova un'estensione generalizzante rispetto alla restituzione con *condictio* del proprietario nei confronti del possessore di mala fede per i *fructus consumpti*. In questo modo si smarrisce la più complessa valutazione delle possibilità e delle differenze dell'esperibilità della *condictio* nel ragionamento papinianeo[35].

Dal punto di vista del rapporto tra la nozione di *fructus* e *merces*, è significativo che la terminologia evochi il modo di esprimersi di Elio Gallo in D.22,1,19 pr., la quale privilegia una materializzazione del provento derivante dalla locazione oggetto di un *capere*. D'altro canto, emerge chiaramente la verifica e la tenuta di regole nella rivendica, in questo caso quella relativa alla restituzione dei *fructus percepti* dal possessore di mala fede *ante litem contestatam*, rispetto alle pensioni locative in tutte le loro diverse forme tipiche. Il che comporta il riadeguamento della regola in rapporto alla consumazione di questi proventi in danaro, la sua precisazione e delimitazione, imposte dalla particolare natura di questi redditi che *iure percipiuntur*.

D. Fructus *e* restitutio rei cum causa D.22,1,2; D.22,1,8

Anche per Papiniano si conferma l'interazione tra *restitutio fructuum* e *restitutio rei cum omni causa*.

> Papi~~nianus~~ *libro sexto quaestionum* D.22,1,2
> *Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa[m F] praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.*

All'interno della parte dedicata a *quaestiones* attinenti all'ampiezza del *restituere* nella *rei vindicatio*, Papiniano opera in analogia un richiamo al *res*

[35] Generalizzazione forse dovuta più che ad un intervento dei giustinianei, alla complessa tradizione testuale delle *quaestiones* di Papiniano; F. WIEACKER, *Textstufen* cit., pp. 333-340. Sull'importanza dell'età epiclassica in materia vd. *infra* pp. 329 ss.

cum omni causa praestare delle *actiones in personam*, il cui riconoscimento dopo la *litis contestatio* sarebbe di consueto accettato[36].

Il giurista individua la *ratio* di questa opinione nell'obbligazione del convenuto di dare l'oggetto della pretesa nella piena condizione materiale e giuridica da esso avuta al momento dell'esercizio dell'azione. Di conseguenza, devono restituirsi i frutti percepiti e i parti delle schiave. A quest'ultimo riguardo, la precisazione che il *partus* sia nato è strettamente collegata alla concezione papinianea del *partus ancillae* («*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*»; D.35,2,9,1). La delimitazione ai *fructus percepti* (*captos fructus*) ha dato problemi interpretativi, ma si potrebbe spiegare pensando ad ipotesi collegate a convenuti di buona fede[37].

Dal punto di vista di questo lavoro, è significativo, a conferma della regola *partus ancillae in fructu non est*, l'attrazione del nato dalla schiava nella disciplina del *restituere* insieme ai *fructus*, attraverso il più ampio concetto di *causa*.

[36] Cfr. a riguardo M. KASER, *Restituere*[2] cit., pp. 61-62, che accentua, pur a fronte delle discussioni classiche in materia, la perentorietà dell'affermazione di Papiniano. Essa, però, mi sembra evocare col *vulgo*, il *quamvis* e il *tamen* una certa insicurezza della *opinio* riferita, che il giurista definitivamente supera restituendone esemplarmente la *ratio*. Cade così ogni dubbio sulla genuinità della frase (espunta con critiche formali da G. BESELER, *Beiträge* cit., V, p. 38; H. NIEDERMAYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der* Mora *seit* Sabinus, in *Festschr. Schulz*, I, p. 408 n. 2 [continua da p. 407]; frase «ungeschickt gefasst» per M. KASER, *op. ult. cit.*, p. 61; H. KRELLER, Rc. a Kaser cit., p. 568 n. 3), che invece è passaggio logico essenziale nel discorso svolto. Su alcune ipotesi di integrazione, non tese ad intaccare il senso del passo vd. E. BETTI, *La* litis aestimatio *in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino (1919), p. 55 <*quidque*> *quale est*. Sul passo vd. altresì E. ALBERTARIO, *La responsabilità del* bonae fidei possessor *fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti* cit., in BIDR. 26 (1914), p. 248; L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 205-206; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 470-471; e più di recente M. MEMMER, *Der "schöne Kauf" des "guten Sklaven"*, in ZSS. 107 (1990) R. A., pp. 18-19 n. 70.

[37] Si è supposto che si trattasse dei frutti percepiti dopo la *litis contestatio* dal possessore di buona fede, E. ALBERTARIO, *La responsabilità del* bonae fidei possessor cit., p. 248; L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 206; con riserve F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 470-471 che ipotizza un taglio di una discussione intermedia. Dubbiosamente il KASER, *Restituere*[2] cit., p. 61, che nei Nachträge, p. 196, opta per una particolare presa di posizione del giurista di fronte alla regola che impone la restituzione dopo la *litis contestatio* dei *fructus percipiendi*.

Ciò è confermato da un altro passo di Papiniano (7 *resp.* D.22,1,8 = *Vat.* 65)[38], dove in relazione a un fedecommesso di singole cavalle[39], si riconosce un obbligo di *fetus praestari post moram* a carico dell'onerato[40]. Molto significativa è la precisazione che la prestazione del *fetus* avverrebbe *ut fructus*, sarebbe quindi ascritta nella restituzione della *res cum fructibus*, mentre un eventuale *fetus secundus* sarebbe oggetto di prestazione da parte dell'onerato all'onorato non in quanto *fructus*, ma *ut causa,* come il *partus mulieris*. Per 'secondo feto' si è inteso sia il secondo puledro nato dalla cavalla[41], sia il puledro del puledro[42]. In base a quest'ultima interpretazione, la ragione dell'esclusione del nato dal *fetus primus* dai frutti della cavalla è coerente alla stessa nozione di 'frutto'. Qualche dubbio invece permane se si opta per la prima interpretazione, peraltro quella più aderente al senso letterale del *fetus secundus*. Le ragioni della differenza potrebbero chiarirsi nell'analogia che in questo secondo caso si fa col *partus mulieris*. Se da un lato, infatti, quest'ultimo *in fructu non est,* d'altro lato, a differenza che per Bruto (D.7,1,68 pr. *supra* pp. 84 ss.) per il quale il *partus ancillae* è sempre *homo*, Papiniano accentua il momento della nascita («*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*»; D.35,2,9,1). Le ragioni per distinguere tra *fetus primus* e *fetus secundus* potrebbero allora risiedere nella particolare concezione papinianea del *fetus equae*. Il primo nato *post moram* viene considerato esistente al momento del *dies cedens* del fedecommesso. Il secondo nato *post moram*, implica invece un nuovo ciclo di gestazione della cavalla, rispetto ad un *fetus* che viene concepito dopo il *dies cedens* del fedecommesso. In questo secondo caso, allora, il *secundus fetus* sarebbe oggetto di restituzione non in quanto frutto della cavalla, ma in quanto sua utilità.

[38] "*Equis per fideicommissum relictis post moram fetus quoque praestabitur ut fructus, sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris*. Il passo tramandato dai *Digesta* è più breve di *Vat.* 65, dove è ancora presente il caso del *grex*. La soppressione di esso da parte dei compilatori è collegata alla scelta operata a favore di Mod. D. 22, 1, 39; così F. WIEACKER, *Textstufen* cit., pp. 344-345. Sul passo vd. altresì E. GRUPE, Gaius *Institutionenfragmente in Justinians Digesten,* in ZSS. 16 (1895) R. A., p. 304 (dove il passo è trattato come esempio di inversione di parole operata dai giustinianei per accentuare profili per loro importanti); M. KASER, *Partus ancillae* cit., pp. 195-196; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 144 con n. 151; Ph. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse D. 12, 4, 16,* in *Iura* 20 (1969), p. 298 n. 29 (continua da p. 297); J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 110.

[39] Così M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 162 n. 40.

[40] Regola questa sicuramente acquisita in materia di fedecommessi; vd. Gai. II, 280; Marc. D. 36, 1, 46 [44], 1; Ulp. D. 22, 1, 34 su cui *infra*, p. 306 n. 117.

[41] F. WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 345.

[42] J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 110.

E. *Percezione dei frutti naturali e computo delle mercedi locative in materia di restituzione della dote: principio dell'anno agricolo e proporzione temporale tra concessione di godimento attraverso la locazione e spettanza del reddito nell'ultimo anno dotale*; D.24,3,7,1

> Ulpianus *libro trigesimo primo ad Sabinum* D.24,3,7,1
> *Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quarta partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

La L.7,1 D.24,3 ha suscitato ampi dibattiti nella dottrina medievale e moderna[43], mentre l'interesse per essa nella storiografia più recente si è di molto ridotto[44].

Si tratta della divisione tra marito e moglie dei 'frutti' della dote oggetto di restituzione una volta avutosi il divorzio. In costanza di matrimonio, invece, i *fructus percepti in dote non sunt* (Sab. in Ulp. *31 ad Sab.* D.23,3,7,1)[45].

La *quaestio* affrontata da Papiniano verte sulla verifica della regola in materia rispetto al computo dell'anno dotale. Esso non parte dal giorno del-

[43] Vd. l'ampia dottrina citata in CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., XXVII, § 1276 a, pp. 283 ss. [= *Commentario alle Pandette* cit., XXIV, pp. 563-594].

[44] Nella moderna romanistica vd. ad es. D. WIEDEMANN, *Versuch einer Erklärung der L. 7 Dig. solut. matrim. (24, 3)*, in ZSS. 7 (1886) II, pp. 106 ss.; L. VON PETRAŻYCKI, *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*, Berlin (1892), pp. 12 ss. (con ampia discussione della letteratura dalla glossa); P. BONFANTE, *La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile*, in RISG. XX (1896), pp. 338 ss., cito da *Scritti giuridici*, I, Torino (1926), con emendazioni e osservazioni, pp. 72 ss., in particolare sul passo pp. 89 ss. (osservazioni in pp. 93 ss.); ID., *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, ristampa corretta della I edizione del 1925 a cura di G. BONFANTE-G. CRIFÒ, Milano (1963), pp. 487 ss.; V. L. DA NOBREGA, *Les revenus de la dot*, in *Romanitas* 2 (1959), pp. 147 ss.; A. D'ORS, *Replicas Panormitanas IV* cit., p. 41 e n. 58 (sul significato di *fructus coacti* come *fructus percepti* e non *consumpti*).

[45] Sulla regola vd. A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der* actio rei uxoriae cit., p. 36.

le nozze, né da quello della costituzione della dote (si pensi ad es. ad una *promissio dotis*), ma da quando il marito cominci effettivamente a possedere il fondo dotale. Con la consegna della *res uxoria* ha inizio l'anno dotale. Qualora essa preceda il matrimonio, allora l'anno dotale coincide col giorno delle nozze[46].

In base, al calcolo dei mesi di costanza del matrimonio nell'ultimo anno dotale, marito e moglie si divideranno i frutti, con la precisazione che *fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt* (Ulp. *31 ad Sab.* D.24,3,7 pr. su cui *supra* pp. 198 ss.).

La questione giuridica affrontata in D.24,3,7,1 ha ad oggetto proprio un complesso calcolo dei frutti da dividere. In ottobre, al tempo cioè della vendemmia, era stato dato in dote un fondo. Fatta la vendemmia, il marito dall'inizio di novembre dà in locazione lo stesso. Alla fine di gennaio dell'anno seguente sopravviene il divorzio. In base alla tesi criticata da Papiniano, il marito avrebbe trattenuto per sé il *vindemiae fructus* e la quarta parte del valore della mercede locativa dell'anno dotale nel quale sarebbe intervenuto il divorzio. Per questa tesi, quindi, intervenuto il divorzio in gennaio, al marito spetterebbe il frutto della *res uxoria* fino al divorzio, quindi tutto il *vindemiae fructus*, più 1/4 della mercede locativa (novembre-gennaio=3 mesi; 3/12=1/4). I 3/4 della mercede restanti dopo il divorzio sarebbero invece spettati alla moglie.

Papiniano, secondo la citazione ulpianea, afferma, invece, con chiarezza che i frutti da computare nell'ultimo anno dotale devono dividersi non dal termine iniziale della locazione (inizio di novembre), ma tenendo conto del tempo antecedente, da quando la moglie è legata in matrimonio[47]. La soluzione criticata porterebbe, per il giurista, a conseguenze inique (*neque... aequum est*). L'iniquità sarebbe ancora più evidente applicando questa *ratio* ad un'ipotesi limite: nel caso in cui, avvenuta la vendemmia, vi sia stato il

[46] Ulp. *l. trigesimo <primo> ad Sab.* D. 24, 3, 5: *De divisione anni eius, quo divortio factum est, quaeritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus. et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est tradita possessione.* Con la precisazione di Paul. 7 *ad Sab.* D. 24, 3, 6: *Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est...*

[47] I due momenti, del matrimonio e della *datio fundi dotalis* nel caso esaminato coincidono, sebbene l'accento del giurista penda in favore del giorno delle nozze come momento assorbente quello della *datio fundi dotalis* (*... sed habita ratione praecedentibus temporis, quo mulier in matrimonio fuit... fundus in dotem datus sit... quattuor mensibus matrimonium steterit*).

divorzio nel giorno successivo, secondo l'interpretazione criticata il marito, comunque, tratterrebbe per sé il *fructus vindemiae*.

L'argomentazione per assurdo utilizzata nella critica alla tesi discussa, fa trasparire il nodo problematico di essa. Per Papiniano essa dividerebbe, infatti, l'ultimo anno dotale secondo cicli produttivi o di produzione di reddito del fondo dotale, senza al contrario tener conto del termine iniziale dell'anno dotale secondo la regola della *datio fundi dotalis*. Da una parte, il ciclo produttivo agricolo, terminato con la vendemmia in ottobre e la percezione del suo frutto naturale, dall'altra il nuovo ciclo produttivo, collegato all'anno agricolo successivo, che viene concesso a terzi in base alla locazione annuale del fondo rustico dai primi di novembre. Dall'angolatura di Papiniano, non c'è dubbio che le conseguenze si debbano considerare inique per la moglie. La tesi criticata, però, per come è tramandata, potrebbe anche non far emergere l'originaria *ratio* del computo dell'ultimo anno dotale. Essa si sarebbe formata su una rigorosa individuazione dell'entità dei frutti naturali percepiti in costanza di matrimonio, venendo precisata e vagliata in rapporto alle mercedi locative. In particolare, essa computerebbe la mercede annuale per intero nel frutto da dividere, e ne assegnerebbe una frazione al marito in proporzione ai mesi di costanza di matrimonio rispetto all'anno locativo (3:12 = 1:4).

Papiniano, invece, rompe la prospettiva unitaria dell'anno agricolo anche in rapporto al reddito sostitutivo ricavato dalla locazione, sommando 1/4 della mercede locativa (in proporzione alla costanza di matrimonio nei mesi dell'anno della locazione) al *fructus vindemiae* al fine di determinare l'entità globale del frutto da dividere tra marito e moglie in base alle quote di 1/3 al marito e 2/3 alla moglie, coerentemente alla costanza di matrimonio nell'ultimo anno dotale.

In sostanza, sopravvenuto il divorzio alla fine di gennaio, i mesi di costanza di matrimonio che proporzionalmente indicano la quota dei frutti spettanti al marito sono quattro, cioè la terza parte dell'anno dotale. L'entità globale dei frutti su cui calcolare la *tertia portio viri* dell'ultimo anno dotale deve quindi contenere sia il *vindemiae fructus*, sia la quarta parte (1° novembre-30 gennaio = 3 mesi; 3/12 = 1/4) del valore della mercede corrispettiva della locazione annuale. Dell'intera somma al marito spetterà la *tertia portio*[48].

[48] Quella qui seguita è la tradizionale interpretazione. Vd. ad es. J. CUJACIUS, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in *Opera omnia* cit., IV, coll. 285-294; e più di recente P. BONFANTE, *La divisione dei frutti* cit., pp. 89 ss.

Il dato comune tra calcolo della mercede locativa nella tesi criticata e calcolo papinianeo tradisce la considerazione di questo reddito come frutto della dote indipendentemente dalla sua effettiva percezione in costanza di matrimonio[49], come al contrario accade per i frutti naturali, essendo sufficiente il suo essere comunque 'dovuto', così come abbiamo già visto rispetto alle *usurae debitae* in D.33,2,24 pr. L'interpretazione di Papiniano, però, implica un passaggio logico successivo.

A riguardo emerge una differenza significativa, infatti, tra Papiniano e la tesi criticata. Quest'ultima escludeva il *fructus vindemiae* dal frutto della dote dell'ultimo anno dotale in quanto *fructus perceptus ante divortium*, e calcolava interamente la mercede corrispettiva del godimento del fondo dotale nel nuovo anno agricolo, per poi fissare la *portio mercedis* spettante al marito in base alla costanza di matrimonio. Quella che poteva considerarsi corrispettiva dei mesi dell'anno locativo precedenti al divorzio, era di pertinenza del *vir*. Quella corrispettiva dei mesi dell'anno locativo successivi al divorzio, invece, spettante alla *uxor*. Doveva essere questo un primo tentativo di adeguare la regola maturata per i frutti naturali, che *fructus constante matrimonio percepti in dote non sunt*, alle mercedi locative. Un tale calcolo del frutto dell'ultimo anno dotale è coerente con la concezione testimoniata da Cervidio Scevola in D.7,1,58 pr.[50], secondo la quale la mercede corrispettiva della concessione del godimento del fondo rustico è il 'reddito di sostituzione' del raccolto dell'anno agricolo. La mercede annuale sarebbe vista, nell'anno del divorzio, come un reddito di sostituzione, concretamente come 'in luogo' del *fructus vindemiae* (Ulpiano dirà che le *mercedes a colonis acceptae loco sunt fructuum*; D.5,3,29; vd. *infra* pp. 310 ss.), con la differenza che essa è automaticamente stimabile in proporzione ai mesi di costanza di matrimonio. La tesi criticata da Papiniano considera quindi frutto dell'ultimo anno dotale la mercede dell'intero anno agricolo, per poi fissare, in proporzione dei mesi di costanza di matrimonio, la quota di essa spettante al marito. Da

[49] Nella *quaestio* in esame, sono astrattamente proponibili tutte e due le interpretazioni, cioè che il pagamento della mercede annuale per il fondo agricolo sia stata posticipata, come è d'uso, oppure, che il marito abbia preferito richiedere al conduttore un pagamento anticipato.

[50] Scaev. *3 resp.* : *Defuncta fructuaria mense Decembri iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rem publicam, cui proprietas legata est. Respondi rem publicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea quae proponerentur integram pensionem percepturum.*

questo punto di vista il sopravvenuto *divortium* non sembra incidere sulla locazione del fondo dotale.

Papiniano, invece, adegua questa concezione alla regola della divisione dei frutti dell'ultimo anno dotale. In sostanza, la mercede *ex locatione* non è compresa per intero nel calcolo dei frutti della dote dell'ultimo anno dotale, sebbene in quest'ultimo si sia concluso il contratto relativo ad un intero anno agricolo, ma lo è in proporzione del valore mensile della mercede annuale in base alla quota spettante al marito in costanza di matrimonio. Essa rientra nel *fructus rei uxoriae* soltanto nel valore di 1/4, che sommato all'intero *fructus vindemiae* determina l'entità su cui fare la ripartizione in base alle quote fissate in proporzione della costanza di matrimonio (1/3 il marito e 2/3 la moglie).

Papiniano, quindi, a differenza della tesi criticata e di Cervidio Scevola in D.7,1,58 pr., isola il fondamento della mercede locativa in rapporto al «tempo» di concessione del godimento, superando la sua natura di reddito corrispettivo del frutto agricolo annuale.

F. *Fedecommesso universale* exceptis reditibus *sottoposto al termine della morte dell'onerato e verifica di cosa rientri nella nozione di* reditus hereditatis D.36,1,60 (58) 4-5

> Pap. *libro nono responsorum* D.36,1,60 (58),4-5
> *Hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit nec fetus pecorum, qui summissi gregem retinent.*
> *Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores hereditarii cum postea ac cesset dies solverunt, item mercedes praediorum ab herede perceptae portioni quadrantis imputabuntur.*

Siamo di fronte ad una sostituzione fedecommissaria, utilizzata per aggirare il divieto di *post mortem heredis, alium in locum eius heredem instituere* (Gai. II,277)[51]. In particolare, si chiede al proprio erede di onorare un fedecommesso universale *post mortem suam*, eccettuati i redditi ricavati dall'eredità prima del *dies cedens*. In questo caso, gli eredi dell'onerato dal fedecommesso dovranno restituire all'onorato tutta l'eredità avuta dal loro

[51] Sul punto vd. ora L. Desanti, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino (1999), pp. 35 ss.

de cuius, erede a sua volta dell'autore della disposizione fedecommissaria, eredità salvaguardata nel suo valore-capitale, *exceptis reditibus*[52].

Il *responsum* verifica dapprima il rapporto tra i *reditus excepti* e i *partus ancillarum* e i *fetus pecorum* oggetto di *summissio* per reintegrare i capi morti o inutili del gregge ereditario. Papiniano esclude che essi possano essere trattenuti secondo quanto è disposto nel fedecommesso. Ciò significa, più precisamente, escluderli dalla nozione di *reditus hereditatis*[53].

Rispetto ai nati dagli animali oggetto di *summissio* per reintegrare il gregge ereditario, Papiniano conferma in pieno la maturazione di una nozione tecnica di *fructus gregis* slegata dai nati dei singoli animali, e fondata sul reddito-netto del gregge come bene-capitale, valore prodotto oltre quella che è la *substantia* economica che va comunque salvaguardata.

Per il *partus ancillarum*, l'esclusione dal *reditus* mi sembra coerente con la particolare concezione di esso come *homo*, non ascrivibile in un concetto teso verso il ritorno economico, *in primis* monetario[54].

Subito dopo il giurista vaglia la portata della disposizione fedecommissaria, ed in particolare il senso da dare all'*hereditatem... exceptis reditibus restituere*, rispetto a *fructus, usurae* e *mercedes*. Il passo è molto significativo, sebbene di solito non si trovi trattato nelle opere sulla nozione romana di *fructus*[55].

Si tratta, infatti, di verificare quali siano i redditi ricavati dall'eredità dall'onerato dal fedecommesso universale *post mortem suam*. Porsi la questione come attinente ad una fase precedente al *dies fideicommissi cedens*, significa, come è stato sottolineato, «che il *d.f.c.*... non scadeva in vita dell'erede, ma solamente dopo la sua morte»[56]. Ciò deve porsi in relazione alla configurazione del fedecommesso sottoposto al termine della morte dell'onerato come fedecommesso sottoposto a condizione, che trova proprio in Papiniano sua chiara espressione[57].

In base a questa configurazione, l'obbligo di *hereditatem exceptis reditibus restituere* non sorgerebbe, allora, fino a che l'onerato non muoia, momento che non segna semplicemente il sorgere dell'esigibilità dell'eredità già dovuta[58], ma, appunto, lo stesso obbligo di restituirla. Di qui la necessità, nella prospettiva della volontà del testatore e del tenore della disposizione, di valutare i *reditus hereditatis* ricavati dall'onerato prima del *dies cedens*.

Oltretutto, la previsione di un *hereditatem exceptis reditibus restituere* non eliminava il problema del rapporto tra disposizione fedecommissaria e suo coordinamento con la *quarta Pegasiana*.

Con l'inciso finale (... *portioni quadrantis imputabuntur*) Papiniano dimostra di considerare la quota legittima prevista dal SC. Pegasiano come quota inderogabile, pur a fronte della disposizione fedecommissaria in esame. La facoltà di trattenere tutti i redditi dell'eredità, infatti, non si deve sommare alla *quarta Pegasiana*. Qui, probabilmente, gli eredi dell'onerato del fedecommesso pretendevano, in base alla volontà del *de cuius*, di trattenersi ogni reddito dell'eredità da essa ricavato dall'onerato prima del *dies cedens*, ed in più, secondo il SC. Pegasiano, la quarta parte di essa. Papiniano, sancendo l'imputazione dei redditi percepiti dall'eredità *ante diem*

[52] Sul passo, l'ipotesi del W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., p. 22 n. 2, che eliminava il richiamo al *fetus pecorum*, è ora definitivamente superata dalle ragioni sostanziali apportate sul punto da J. HAMMERSTEIN, *Die Herde* cit., pp. 151 ss.; sul passo vd. altresì M. BARTOŠEK, *Il SC Trebelliano*, in *Scritti Ferrini*, III (1948), p. 334; M. KASER, *Partus ancillae* cit., pp. 162-163; e ora J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 111 n. 49.

[53] Giustamente se ne accentua un significato più ampio che quello di *fructus*; vd. M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 163; e ora J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 111 n. 49.

[54] Nello stesso senso Paul. 14 *resp.* (D. 22, 1, 14, 1): *Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere: quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. .;* sul passo vd. ora L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria* cit., pp. 42-45.

[55] B. BIONDI, *La compensazione* cit., p. 298 ritiene interpolata la frase finale [*portioni quadrantis imputabuntur*]. Essa va collegata col caso esaminato nella precedente L. 60, 4, rispetto ad una sostituzione fedecommissaria universale *exceptis reditibus*, riflettendo la particolare costruzione di Papiniano del fedecommesso *post mortem suam* come fedecommesso *sub condicione*.

[56] L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria* cit., p. 43 (rispetto a D. 22, 1, 14, 1, ma che è perfettamente adeguato anche al passo papinianco).

[57] Sul *dies certus an, incertus quando* in relazione a legati, vd. Pap. *1 def.* (D. 35, 1, 79, 1): *'Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato'. legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tam incertum est, an legatario vivo. dies legati non cedit et non est certum ad eum legatum perventurum*; Pap. *34 quaest.* (D. 35, 1, 75): *Dies incertus condicionem in testamento facit*; sul punto vd. ora L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria* cit., pp. 45 ss. (dove altra letteratura).

[58] Per la regola vd. Gai. III, 124: *... pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur...;* Ulp. 1 *reg.* D. 50, 16, 213: *'Cedere diem' significat incipere deberi pecuniam: 'venire diem' significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione...*

fideicommissi cedentem, li capitalizza, e quindi li calcola per la quantificazione della quarta legittima. In sostanza, essi sono lucrati dagli eredi dell'onerato nei limiti in cui restino inclusi nella porzione di eredità (1/4) che gli spetta in base al SC.

Dal punto di vista di questo lavoro, è altamente significativo il rapporto che si instaura tra *reditus* e *fructus, usurae* e *mercedes*. Riguardo agli interessi pecuniari, si specifica che saranno computate nei redditi dell'eredità anche le *usurae* 'dovute' dai debitori ereditari, sebbene pagate da questi dopo il *dies cedens* del fedecommesso. Rispetto alle *mercedes*, si considerano incluse nella disposizione quelle *perceptae* dall'erede *ante diem fideicommissi cedentem*.

Queste precisazioni mirano a delimitare quali siano gli *excepti reditus*. Mi sembra significativo il parallelismo con la capitalizzazione delle *usurae debitae* nei *bona* legati in usufrutto alla moglie, in relazione al momento della prestazione della *cautio* del SC. sul quasi usufrutto (D.33,2,24 pr.). Come in quel caso, riguardo al patrimonio ereditario oggetto di usufrutto, anche qui si calcolano le *usurae debitae* al momento del *dies cedens fideicommissi*. Di qui la conseguenza che anche quelle pagate dai debitori ereditari subito dopo si considerano redditi ricavati dall'eredità *ante diem fideicommissi cedentem*. Così, ancora, la precisazione che le *mercedes* siano quelle *perceptae* dall'erede *ante diem fideicommissi cedentem*. Il dato va collegato a quanto si è visto in Pap. D.24,3,7,1, sul computo del valore della mercede locativa 'dovuta' e il calcolo in proporzione ai mesi nei quali si è effettivamente esercitato il godimento *constante matrimonio* della cosa concessa in locazione. Da ciò si deve dedurre che la costruzione di D.24,3,7,1 non sia come tale coerentemente applicata ogni qual volta si debba verificare l'entità di un patrimonio prima di un certo termine. Nel caso della restituzione dei frutti dotali, pesa l'istituto entro il quale tale verifica viene fatta e la sua necessaria considerazione rispetto alla costanza di matrimonio nell'ultimo anno dotale attraverso la quale si individueranno le quote proporzionali di spettanza dei frutti tra marito e moglie. Nel caso esaminato in D.36, 1, 60 (58), 5, invece, saranno redditi dell'eredità esclusi dall'obbligo di *restituere* soltanto le mercedi effettivamente percepite dall'onerato prima del *dies cedens* del fedecommesso, in quanto esse soltanto si riferiscono ad un compiuto godimento annuale. Quelle ancora *debitae* al momento del *dies cedens* verrano pagate direttamente all'onorato[59].

[59] Problema connesso è quello dei modi attraverso i quali l'onorato da fedecommesso possa ovviare alla mancata pretesa di questi redditi *ex negotiatione* da parte dell'erede-onerato

Mi sembra che la nozione di *reditus* come comprensiva di *fructus, usurae* e *mercedes*, *a contrario* dei nati dei singoli animali, e dalla quale sono esclusi il *partus ancillae* e i *fetus pecorum* oggetto di *summissio*, evidenzi un'acquisita costruzione concettuale di grande significato, nella quale le maggiori possibilità espansive si riconoscono al termine *reditus*.

G. *Fondi destinati all'allevamento e* fructus praedii *D.8,3,4*

> Pap. *libro secundo responsorum* D.8,3,4
> *Pecoris pascendi servitu[te]s, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.*

Il frammento è stato spostato dalla sua massa nella formazione del titolo e non è esente da imperfezioni formali[60]. Esso deve essere posto in rapporto alla problematica che coinvolge il *ius pascendi* rispetto alla sua considerazione in termini di *usus fructus* o di *servitus praediorum rusticorum*[61].

nei confronti dei debitori. A riguardo, Papiniano (D. 36, 1, 60 [58], 2), in relazione a prestiti di danaro creditario, parla di *actio omnium usurarum transferri ex Trebelliano* rispetto ad *usurae non exactae* dall'erede.

[60] In particolare la discordanza *servitutes-videtur*. Per il Longo, *La categoria delle* 'servitutes' cit., p. 325, il [*servitutes*] andrebbe emendato in *ius*, secondo la sua nota ricostruzione della nozione giustinianea di servitù personali. I problemi si aggravano per l'*item ad aquam appellendi*, il quale se non pone problemi sostanziali, anzi è coerente con la problematica trattata e con la sua qualifica come *servitus*, sembra formalmente una originaria glossa finita nel testo di Papiniano e mal coordinata con la prima parte di esso attraverso un plurale (*servitutes*) che non trova corrispondenza nel *videtur* e che rende inutile l'*item*. Sui problemi formali del testo vd. anche B. Biondi, *La categoria romana delle* servitutes cit., p. 389; E. Bund, *Begriff und Einteilung der Servituten* cit., p. 181-182. Di «testimonianza sostanzialmente genuina, anche se probabilmente alterata nella forma» parla ora F. Cursi, Modus servitutis. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli (1999), p. 230.

[61] Proprio in relazione alle servitù di *aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, ius calcis coquendae, ius harenae fodiendae*, le Istituzioni giustinianee 2, 3, 2 ricordano una discussione sulla loro ascrivibilità nelle servitù prediali rustiche. Vd. a riguardo la disputa già tra J. Ofner, *Der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht*, Wien (1884), pp. 23 ss. e A. Pernice, Rc., in ZSS. 5 (1884) R. A., p. 281. La critica di quest'ultimo, che intende l'affermazione di I. 2, 3, 2 nel senso di un dubbio sulla ascrivibilità di queste ipotesi nelle servitù prediali in generale, non mi sembra convincente. Non si vede, infatti, che tipo di

La questione che sottende il *responsum* di Papiniano, infatti, attiene ad un legato avente ad oggetto il diritto di pascolare il bestiame su un fondo dell'eredità. La disposizione sembrerebbe realizzata con atto ad effetti obbligatori[62], con l'indicazione esplicita del diritto in termini di *servitus pecoris*

dubbio potesse porsi in relazione alle servitù prediali urbane. La discussione, quindi, verte sulla possibilità che tali diritti reali siano configurati come servitù prediali rustiche o servitù personali. Un problema ulteriore è, invece, quello della dubbia ascrivibilità di quella che Papiniano qualifica come *servitus personae* nell'*usus fructus*. Vi è cioè spazio per costruire una servitù irregolare? Sul problema, le posizioni assunte sono diverse. Vd. ad es. B. BIONDI, *La categoria romana delle* servitutes cit., p. 391; contra G. GROSSO, *Le servitù prediali* cit., p. 124; di recente sul problema vd. anche V. GIUFFRE', *L'emersione dei* «iura in re aliena» cit., pp. 182 ss. e rispetto al passo p. 195; con la discussione suscitata; F. GALLO, in *Iura* (1992), pp. 201 ss.; M. MARRONE, in *Labeo* (1993), pp. 90 ss. Per un intervento chiarificatore vd. ora A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in AG. CCXVIII (1998), pp. 3 ss., sul passo pp. 28-29; e F. CURSI, *Modus servitutis* cit., pp. 226 ss. Vd. anche *infra* p. 287 e n. 72.

[62] L'interpretazione qui seguita contrasta con quella proposta dal BIONDI, *La categoria romana delle* servitutes cit., p. 390, il quale accentua a riguardo il *personam demonstrare* che, non potendo assolutamente mancare nei legati *per damnationem* e *sinendi modo*, evocherebbe necessariamente il ricorso ad un legato *per vindicationem*. A riguardo non convince la necessaria interpretazione del *personam demonstrare* come descrittivo del tenore letterale del legato, dato che di solito non manca comunque l'indicazione del legatario, anche nel legato *per vindicationem* (vd. anche B. BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 390-391), mentre, al contrario, nel caso di disposizione del tipo «*FUNDO VICINI IUS PASCENDI IN MEO FUNDO DO LEGO*», la questione non si sarebbe posta nei termini tramandati da D. 8, 3, 4, data la sicura configurazione del diritto attribuito come *servitus praedii*. Qualche dubbio potrebbe rimanere in relazione ai due possibili legati ad efficacia obbligatoria, per la discussione che segue nella parte finale, dove si descrivono gli effetti del legato della *servitus pecoris pascendi* nel caso la si intenda come *servitus personae* in termini di *servitutem praestari*. Si potrebbe infatti ipotizzare un'eco di una disposizione di un legato *sinendi modo*, il cui effetto distintivo in base a Gai. II, 214-215 sarebbe il *pati* e il *patientiam praestare*. In sostanza, il testatore avrebbe disposto un legato di questo tipo «*HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM SERVITUTEM [o IUS] PECORIS PASCENDI IN FUNDO MEO SUMERE SIBIQUE HABERE*». La discussione sottesa al *responsum* di Papiniano in D. 8, 3, 4 vedrebbe sullo sfondo l'obbligo dell'erede di compiere, nel caso si intenda la disposizione relativa ad una *servitus praedii*, un atto costitutivo del diritto legato consono alla sua natura (vd. per quest'obbligo dell'erede oltre che nel legato *per damnationem* anche nel legato *sinendi modo*, Gai. II, 213). I giustinianei, al contrario, affermano subito dopo, in D. 8, 3, 5 pr., attraverso lo spostamento della L. 4 escerpita da P in E, all'interno di un lungo frammento ulpianeo, l'efficacia reale della disposizione, in termini di facoltà del legatario di *vindicari posse*, coerentemente al nuovo diritto in materia di legati (C. 6, 43, 1 e I. 2, 20, 2:... *disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et hypothecariam*). L'ordine dei frammenti falsa l'originario contesto della L. 5 pr., la quale faceva riferimento alla possibilità di *vindicare* l'*iter* che si considera implicitamente contenuto nell'*aquae haustus* trasferito con *in iure cessio* (Ner. in Ulp. D. 8, 3, 3, 3). Vd. a riguardo gli

pascendi. È da notare come la stessa qualifica, se originaria, non sembra impedire l'approfondimento di quale diritto sia stato effettivamente legato, in particolare se si tratti di una servitù prediale o al contrario di una servitù personale[63]. La differenza è significativa proprio in relazione alla perpetuità del diritto trasmesso al legatario.

Ritengo che si debba per altro tener conto di due cose. Da un lato, la scelta di propendere per una servitù prediale è condizionata dall'essere il legatario proprietario di un fondo e dalla precisazione che esso è per lo più destinato all'allevamento del bestiame[64]. D'altro lato, l'approfondimento successivo della *voluntas testatoris*, che nega alla disposizione gli effetti costitutivi di una servitù prediale, nel caso in cui si sia indicato il nome dell'onorato, e propende per una *servitus* (o *ius*) *personae*.

approfondimenti di F. CURSI, *Modus servitutis* cit., pp. 231-232 che considera le contraddizioni presenti tra i passi che costruiscono la catena come «frutto dell'opera dei compilatori».

[63] È questo un punto significativo rispetto alla problematica posta dalla classicità della categoria delle servitù personali. Vi sono a riguardo modalità d'uso coerenti riscontrabili nelle fonti proprio nei giuristi dei secoli II-III d. C. Vd. ad es. Pomp. D. 34, 3, 8, 3 *servitus personalis*; Pap. D. 8, 3, 34 pr. : *servitus ... non personae;* e rispetto ad un *ius transeundi* Pap. D. 33, 3, 6: ... *non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum;* Ulp. D. 34, 1, 14, 3 ... *nam et haustus aquae et pecoris ad aquam adpulsus est servitus personae*... Ciò, per altro, non risolve l'altra e diversa questione, se queste *servitutes personae* siano la stessa cosa delle *servitutes personarum* di Marc. D. 8, 1, 1 e dei giustinianei, cioè *usus fructus* e *usus*, oppure qualcosa di diverso (cd. servitù irregolari).

[64] Questa precisazione è coerente con la verifica puntuale, per la valida costituzione della servitù prediale, della effettiva *utilitas* del fondo dominante, così come altrove (vd. ad es. Ner. in Ulp. D. 8, 3, 3 pr. : «... *possunt servitutes imponi, et ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur*»); sul punto vd. *infra* n. 66. I dubbi sulla genuinità della frase del GIUFFRÈ, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., p. 195 e n. 78, non mi convincono. In particolare, non mi sembra corretto instaurare un stretta correlazione tra D. 8, 3, 4 e D. 8, 3, 3 pr. al di là dell'angolatura comune, quella tesa a verificare l'*utilitas* effettiva del fondo dominante. In D. 8, 3, 3 pr., infatti, non si tratta di un fondo dominante destinato all'allevamento dei buoi, ma di un fondo destinato alla coltivazione per la quale si considerano necessari alcuni buoi (ad es. per l'aratura) da far pascolare nel fondo altrui. Al contrario, in D. 8, 3, 4 il fondo dominante è destinato precipuamente all'allevamento del bestiame (per altro il *pecus pascendum* può riferirsi non esclusivamente a greggi di pecore, ma anche a mandrie di altro bestiame). Così di recente anche F. CURSI, *Modus servitutis* cit., p. 230. Per la classicità della frase vd. oltre agli autori citati nella nota sopra ricordata, E. BUND, *Begriff und Einteilung* cit., p. 182; e, attento allo stilema in essa riflesso, G. POLARA, *Le* venationes cit., p. 18 n. 14. Lo stesso LONGO (G.), *Corso di diritto romano. I diritti reali,* Padova (1962), p. 342, che sottopone il passo a tanto serrata, quanto prevenuta critica, salva la frase (ipot. : *pecoris pascendis <ius>, si praedii fructus maxime in pecore consistat, <constitui potest>*).

Dal primo punto di vista, l'approfondimento è diretto all'*utilitas* del fondo dominante, coerentemente alle regole che presiedono il riconoscimento degli *iura pecoris pascendi* o *ad aquam appellendi* come *servitutes*. Di fronte a godimenti che rendono difficile l'individuazione di un limite nell'uso del bene asservito, che a fronte della perpetuità del diritto, salvaguardi l'interesse proprietario[65], si deve vagliare con rigore la condizione della 'predialità' della servitù e dell'utilità del fondo dominante[66]. A riguardo, l'uso di *fructus praedii* esprime plasticamente l'idea della reale destinazione economica del fondo dominante al pascolo del bestiame. Saranno i redditi derivanti dal bestiame allevato nel fondo il 'frutto' del fondo stesso[67], che materializza l'utilità oggettiva necessaria per la considerazione della *servitus pecoris pascendi* in termini di *servitus praedii*[68]. Fin qui, il giurista opera una interpretazione del legato attenta a profili oggettivi.

Dal secondo punto di vista, pone qualche problema il senso del *personam demonstrare*. Qui, più che una puntualizzazione attinente alla formulazione letterale del legato[69], deve intendersi evocata l'intenzione del *de cuius* tesa ad attribuire la *servitus* alla sola persona del legatario e non ai suoi eventuali aventi causa[70]. In tal caso, coerentemente alla *voluntas testatoris*, non dovrà essere prestata la stessa *servitus* al compratore o all'erede del legatario. Il *non eadem servitus* della parte finale[71] chiarisce il senso del *praedii magis quam personae* della parte iniziale, in quanto si intende distinguere tra una *servitus praedii*, diritto del fondo dominante sul fondo servente trasmissibile ai successivi titolari del fondo, purché sia verificata la condizione della *utilitas*, e una *servitus personae* che come tale sembra atteggiarsi più come una 'servitù irregolare'[72] che come una servitù personale nel senso di Marc. D.8,1,1.

[65] Sul problema della «specialità» del contenuto della servitù prediale, fondamentale G. Grosso, *Le servitù prediali* cit., pp. 93 ss., da leggere con quanto nota il Capogrossi Colognesi, Rc., in *Iura* 20 (1969), p. 650, rispetto all'esclusione di una determinazione del contenuto della servitù come assorbente di tutta l'utilizzazione del fondo servente, che dovrebbe necessariamente presupporre una fruizione concorrente del proprietario del fondo servente (concludendo per altro in senso negativo). Riguardo a Ulp. D. 8, 3, 3 pr. (... *ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur*), darei per sicura la «specialità» del contenuto della servitù. Rispetto, al contrario, ad una servitù di pascolo per un'intera mandria, potrebbe restare qualche dubbio. Per un godimento concorrente del proprietario del fondo, sebbene non rispetto ad una servitù prediale, ma pur sempre in relazione alla vendita del pascolo, vd. Cat. *de agri cult.* 149:... *bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur. holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur.* Attento alla configurazione delle facoltà restanti al proprietario del fondo servente in caso di *ius pascendi* è G. Pugliese, *Usufrutto*[2] cit., p. 81 n. 1 e 2.

[66] Sulla *utilitas* del fondo dominante come elemento essenziale della servitù esemplari le pagine del Grosso, *Le servitù prediali* cit., pp. 97 ss.; vd. altresì A. Burdese, *Sulle servitù prediali* (Rc. Grosso), in *Labeo* 16 (1970), p. 101; Id., *Sulla tipicità* cit., pp. 28-29; A. Corbino, *Servitù (dir. rom.),* in ED. XLII (1990), p. 248 e n. 75; F. Cursi, *Modus servitutis* cit., pp. 238-241.

[67] Giustamente accentua la natura necessariamente non naturalistica del *fructus praedii* in D. 8, 3, 4, M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 43 con n. 71, sebbene, con espressione un po' ambigua, colleghi la locuzione ad un terreno pascolativo. L'accostamento in nota con D. 7, 1, 32 potrebbe, infatti, lasciare qualche dubbio, in quanto in D. 8, 3, 4 si sta qualificando come *fructus praedii* il reddito del *pecus* presente nel fondo dominante come reddito del fondo, mentre in D. 7, 1, 32 si fa riferimento al reddito percepito dal fondo pascolativo. F. Cursi, *Modus servitutis* cit., p. 239 pensa giustamente ad un allevamento intensivo.

[68] Così F. Cursi, *Modus servitutis* cit., p. 239.

[69] Così, invece, B. Biondi, *La categoria romana delle* servitutes cit., pp. 390-391.

[70] Essenziale a mio avviso è il cfr. con altro passo di Pap. (D. 33, 3, 6) rispetto ad un legato, probabilmente *per damnationem* (vd. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, Milano [1967²], p. 233 con n. 88). Qui si tratta di intendere la *voluntas patris* che, legata alla figlia un immobile, «*ius transeundi per domus hereditarias praestari voluit*». Nel caso di specie si riconosce un diritto personale della figlia con due argomenti concatenati. Il primo è quello relativo alla diversa efficacia della disposizione, a seconda che il testatore intenda disporre a favore del legatario un *usus transeundi personae* o un *legatum servitutis plenum*. In quest'ultimo caso, infatti, «*tantundem iuris* [significativo rispetto al *non eadem servitus* di D. 8, 3, 4] *ad heredem quoque transmittetur*». Il secondo argomento fa perno sul primo per negare decisamente (*quod hic nequaquam admittendum est*) la costituzione di un diritto assoluto a favore della figlia, perché ciò che *affectu filiae datum est, hoc et ad exteros eius heredes (ne) transire videatur.*

[71] L'*eadem* è ingiustificatamente criticato per superfluità dal Beseler, *Beiträge* cit., III (1913), p. 8. Al contrario il *non eadem* si chiarisce bene rispetto al *tantundem iuris ad heredem quoque transmittetur* di Pap. D. 33, 3, 6.

[72] È questo punto discusso, se cioè vi sia spazio per un significato di queste *servitutes personae* non necessariamente appiattito nella categoria giustinianea delle servitù personali dell'usufrutto, uso e abitazione. Vd. a riguardo la posizione sfumata, tendente al negativo di G. Grosso, *Le servitù prediali* cit., pp. 124-126. Rispetto a D. 8, 3, 4 pensano ad una sicura alternativa tra servitù prediale ed usufrutto o uso G. Grosso, *op. ult. cit.,* p. 124; E. Bund, *Begriff und Einteilung der Servituten* cit., p. 182; A. Metro, *Fructus servitutis* cit., in *Iura* 23 (1972), pp. 112-113. Gli argomenti che mi portano a optare, rispetto a D. 8, 3, 4, per una servitù irregolare, e quindi per un certo margine di differenza tra il *ius pascendi* ivi legato e qualificato come *servitus personae* quando il legatario non abbia un fondo vicino o non abbia un fondo il cui *fructus maxime in pecore consistat,* o quando ciò sia coerente alla *voluntas testatoris,* e l'*usus fructus* o l'*usus,* è la differenza di regime del primo istituto rispetto ai secondi. In particolare l'effetto obbligatorio incidente sull'erede in termini di *servitutem praestari* e l'impossibilità di concedere la *servitus* al compratore, cosa possibile nell'usufrutto, come vendita non del diritto reale ma del pacifico godimento di esso.

H. Emolumentum *e acquisti dello schiavo del peculio castrense D.49,17,15,3*

> Pap. *libro trigesimo quinto quaestionum* D.49,17,15,3
> *Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex ius sustinet patris et filii familias, ita servus, qui peculii castrensis est quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando vel accipiendo patri potest. quae ratio suadet, ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacumque causa vel traditum accipiat, sic adquiratur filio res et stipulatio, quemadmodum si exter promisisset, quoniam persona stipulantis et accipientis ea est, ut sine differentia causarum quod per eum agitur emolumentum filii spectet.*

Si tratta di una testimonianza famosa in relazione ai poteri del *filius familias* sul peculio castrense, data la celebre frase «*non enim... filius duplex ius sustinet patris et filii familias*», solitamente posta in relazione con l'affermazione di Ulpiano in D.14,6,2 «*filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*» e con il «*quasi patris familiae*» di Paolo in D.35,2,18 pr. i.f.[73]

La spettanza al *filius familias* degli acquisti dello schiavo del peculio castrense in base a *stipulatio, mancipatio*[74] e *traditio* non subisce delimitazione

[73] Cfr. a riguardo H. FITTING, *Das* castrense peculium *in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung*, Halle (1871) (Neudruck 1969 Aalen), pp. 83 ss.;154 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., I, p. 131; D. DAUBE, *Actions between* paterfamilias *and* filiusfamilias *with* peculium castrense, in *Studi Albertario* I, (1953), pp. 467-472, che si pronuncia per la genuinità della frase; F. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano (1953), p. 133-134 e n. 22 che è propensa, però, a ritenere interpolata l'equiparazione fittizia; l'A. assume una posizione più conservativa in EAD., *Ancora in tema di* peculium castrense, in *Studi de Francisci* II, sul passo pp. 401-402; G. LONGO, *Sulla capacità patrimoniale e processuale del* filius familias *fornito di* peculium castrense, in AUMA. XXI (1957), cito da *Ricerche romanistiche* cit., pp. 415 ss.; ed ora B. ALBANESE, *Le persone* cit., p. 282 e n. 335; B. LEHMANN, *Das Eigenvermögen der römischen Soldaten unter väterlichen Gewalt*, in ANRW. II, 14 (1982), pp. 183 ss., in particolare pp. 207 ss., sul passo pp. 218-221; F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid (1997), pp. 179-180; pp. 210-211.

[74] Propendo per la caduta del richiamo alla *mancipatio,* pur semplicemente giustapposta alla *stipulatio* e alla *traditio* e non necessariamente sostituita da quest'ultima, come invece si sostiene di solito; L. MITTEIS, *Stipulation und Legat*, in ZSS. 32 (1911) R.A., p. 2; G. SCHERILLO, *Sulla stipulazione del* servus *e del* filius familias, in *Studi Bonfante* IV, p. 207 n. 8; D. DAUBE, *Actions* cit., p. 468.

a seconda della causa. Il giurista coglie una coerenza tra il potere che il figlio ha sui beni del peculio castrense, che non sarebbe un «duplice diritto», in rapporto ai beni stessi (*ius patris*) e in rapporto al suo *pater familias* (*ius filii*), e l'impossibilità per lo schiavo di acquistare direttamente, *simpliciter stipulando*[75] *vel accipiendo*, al *pater familias,* data l'assenza di un dovere di soggezione dello schiavo 'peculiare' a questi, finchè sia in vita il *filius* titolare del peculio castrense.

La stessa *ratio* permetterebbe di risolvere l'altra questione, quella relativa ad acquisti dello schiavo attraverso negozi conclusi direttamente col *pater familias*. La riconosciuta autonomia delle due sfere patrimoniali (*peculium castrense* del *filius familias* e patrimonio del *pater familias*) è ribadita anche in questo caso, come se lo schiavo avesse ricevuto la cosa o avesse concluso la *stipulatio* con un terzo estraneo. La motivazione è significativa ed è fondata sull'unicità della *persona stipulantis et accipientis*, lo schiavo del peculio speciale. In sostanza, senza differenziazione della causa dell'acquisto, tutto ciò che è compiuto attraverso di lui concerne un *emolumentum* del figlio.

Quest'ultima qualificazione relativa agli acquisti dello schiavo 'peculiare' come «utilità-vantaggio» del *filius familias* con peculio castrense mi sembra significativa, alla luce del ruolo e dell'importanza in Papiniano della nozione di *emolumentum rei* rispetto al contenuto dell'*usus fructus* (vd. D.31,66,6; D.31,76,2)[76], e all'importanza che a riguardo aveva al contrario inizialmente la nozione di *fructus*. Si tratta di una qualificazione degli acquisti dello schiavo essenzialmente attenta al loro significato economico per il titolare del patrimonio cui sono destinati.

[75] Il coordinamento della regola «*alteri stipulari nemo potest*» con il regime della *patria potestas* porta alla 'inutilità' della *stipulatio* conclusa tra promittente e *filius familias* a favore di persona diversa dal *pater familias* di quest'ultimo (Gai. III, 103; I. 3, 19, 4). Ciò chiarirebbe il senso del *simpliciter stipulare*, in quanto con promessa *simpliciter concepta* acquista sempre il figlio. Quando, al contrario, il terzo ponga alla *stipulatio* la condizione della morte del *filius familias*, allora cadrebbe il limite ricordato (*servus... qui... nullo iure, quamdius filius vivit, patri subiectus est*) e l'acquisto andrebbe al *pater familias*, salvo diversa volontà testamentaria del *filius familias* in relazione ai beni del *peculium castrense*. Vd. a riguardo H. FITTING, *Das* peculium castrense cit., pp. 154-155 n. 7; più sfumato, sebbene colleghi il *simpliciter* alla *conceptio verborum*, G. SCHERILLO, *Sulla stipulazione del* servus cit., p. 207 e n. 9.

[76] A riguardo fondamentale M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 171 ss.

I. *Tensione in Papiniano tra sforzo costruttivo di una nozione bipartita di frutto dal punto di vista del «rapporto di derivazione»* (natura *o* ius) *e differenziazione delle regole per l'acquisto dei diversi redditi inclusi nella categoria*

Fructus, mercedes, usurae sono puntualmente esaminati all'interno degli istituti interessati (usufrutto, quasi usufrutto, obblighi di restituzione: processuale, dotale, fedecommissaria), rispetto alla spettanza di redditi percepiti da interi patrimoni o da singole cose. Tutto ciò senza che essi siano oggetto di un procedimento logico di sussunzione, conseguenza della nascita di una nozione unitaria di *fructus* comprensiva di qualsiasi reddito ricavabile dalle cose. Questa funzione unificante è riscontrabile, invece, per *reditus* che include frutti, interessi e mercedi locative. Al contrario, si mantiene una precisa distinzione concettuale tra essi, data anche la persistente autonomia di regole per il loro acquisto (*fructus, mercedes, usurae* D.6,1,62 pr.; *fructus, usurae* D.33,2,24 pr.; *fructus, mercedes, vecturae, pensiones* D.12,6,55; *fructus, causa, partus ancillae* D.22,1,2; *fructus, mercedes* D.24,3,7,1; *reditus* in cui si include *fructus, usurae, mercedes*, mentre ne sono esclusi i *partus ancillae* e i *fetus pecorum* oggetto di *summissio* D.36,1,60,4-5).

Tutto questo non impedisce al giurista di riconoscere un «rapporto di derivazione» adeguato alla nozione di frutto anche per quei redditi derivanti da una cosa in base al diritto. Ciò permette una analogia tra ciò che una cosa produce naturalmente e ciò che proviene da una cosa in base ad atti giuridici. L'individuazione di una analogia in astratto tra pensioni locative e interessi pecuniari, nella verifica dell'applicazione della regola sul *restituere* processuale (D.6,1,62 pr.), rappresenta la peculiare costruzione di Papiniano. Tali 'utilità' non provengono dalla cosa in base ad un processo naturale (*natura*), ma grazie ad un rapporto giuridico (*ius*). L'individuato elemento comune contiene in sé la chiave per individuare due classi di frutti, quelli naturali e quelli giuridici, che grande significato assume nella nostra tradizione giuridica in rapporto alla distinzione tra frutti naturali e civili.

2. *La nozione di frutto in Ulpiano viene a restringere l'ampia nozione di Papiniano, ricorrendo alla distinzione tra* fructus *e* quae vicem fructuum optinent

A. *Complesso lavoro di recupero del pensiero giuridico delle generazioni precedenti e apporto originale del giurista*

Per cogliere in pieno la nozione di frutto di Ulpiano si devono pesare adeguatamente le due principali direttive attraverso le quali prende corpo il pensiero del giurista. Da un lato, il complesso e critico recupero delle opinioni della giurisprudenza precedente nei grandi commentari *ad edictum* e *ad Sabinum*, che risponde ad un disegno non casuale di valutazione ponderata di *opiniones* altrui in rapporto alla costruzione propria dell'autore[77]; d'altro lato, la puntuale individuazione del *quid novi* apportato dal giurista entro questa complessa trama attraverso la quale si esprime il suo modo di lavorare.

Coerentemente a queste direttive, svolgo una trattazione che raccoglie risultati di esegesi già fatte, indicandone se possibile il significato proprio entro la costruzione di Ulpiano; ed a questi affianca nuove testimonianze che evidenzino più direttamente il contributo del giurista severiano.

[77] Sforzo della più recente romanistica è quello di ridimensionare la dipendenza di Ulpiano o la sua quieta accondiscendenza verso i suoi predecessori, quasi a far scadere i grandi commentari da lui scritti a grandi compendi o *restatements*, come voleva la dottrina più antica; vd. a riguardo ad es. A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitz.-Ber. der Berliner Akad. d. Wiss. Phil. Hist. Kl.* (1885), pp. 443 ss., in particolare, 477 ss. [= in *Labeo* 8 (1962), pp. 351 ss., 382 ss.]; F. SCHULZ, *Geschichte* cit., pp. 245-246 (*ad edictum*); 264-265 (*ad Sabinum*). Vd., come espressione della nuova tendenza rispetto a singole problematiche, S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino (1969), pp. 259-356, il quale, pur partendo dalla concezione dominante («compendio di Ulpiano»), fa emergere i complessi fili che sorreggono il discorso ulpianeo attraverso la citazione adesiva o critica di giuristi precedenti, e la trama costruttiva del commentario al testo della *lex Aquilia*; vd. più di recente, in relazione al commento ulpianeo all'editto *de pactis*, A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro* ad edictum, in *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea*, a cura di N. BELLOCCI, Napoli (1991), pp. 125 ss. [= in ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino (1994), pp. 221 ss.]; rispetto ai *libri ad Sabinum*, vd. altresì G. ARICÒ ANSELMO, *La tradizione civilistica: alcune riflessioni su Vat. 75 e 76*, in AUPA. XLV. 1 (1998), pp. 67 ss.

B. *La nozione di frutto nei* libri ad Sabinum

a. In relazione all'*usus fructus* Ulpiano tenta di operare una sintesi, non sempre adeguata, tra nozione sabiniana e concezione di Labeone: ciò porta ad un indebolimento dei requisiti considerati come irrinunciabili dalla nozione più rigorosa di Giuliano

Nei *libri ad Sabinum* vi è un probabile inserimento da parte di Ulpiano del «*quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt*» nel lemma sabiniano relativo a *rei soli, ut puta aedium usu fructu legato quicumque reditus est, ad fructuarium pertinet* (D.7,1,7,1; L. 2558)[78]. La centralità del diritto ad «ogni frutto» della cosa nella verifica del contenuto dell'*usus fructus* significa per Ulpiano la spettanza all'usufruttuario di qualunque reddito derivante dalla cosa, e più in generale di qualunque utilità che essa può dare.

Dal primo punto di vista (l'*omnis fructus rei* come *quicumque reditus*) è significativo che il giurista severiano, approfondendo la concezione di Sabino, veda nell'*obventio* il senso del *reditus aedium*. *Obventio*, infatti, è parola che Ulpiano usa per indicare il reddito derivante dalla locazione del bene (vd. ad es. Ulp. in D.22,1,34; D.14,1,1,15; D.27,9,5,9) ed è perfettamente coerente con l'ipotesi delle *aedes*. Le *obventiones* rappresenterebbero proventi della cosa in usufrutto derivanti da un atto giuridico che ha coinvolto quest'ultima.

Ulpiano in D.7,1,7,1 collega al *quicumque reditus rei soli ad fructuarium pertinet* sabiniano un acquisto indiretto e casuale di un bene diverso da quello in usufrutto. Come abbiamo già visto, infatti, si menziona qui la *missio in possessionem* che *ex secundo decreto* permette all'usufruttuario l'immissione nel possesso *ad usucapionem* della casa del vicino. Il «rapporto di derivazione» del reddito dalla cosa in usufrutto sembra per Ulpiano essere soddisfatto (*ex aedificiis, ex areis...*) dall'acquisto di un bene nuovo che si costruisce con l'immagine di un 'ritorno' economico casuale, collegato ad un meccanismo processuale con fini sanzionatori che fa acquistare all'usufruttuario un bene diverso da quello in usufrutto.

L'ipotesi limite dell'acquisto della casa del vicino, in conseguenza dell'usucapione per un possesso acquistato dall'usufruttuario della casa minacciata con *missio in possessionem,* è richiamata come interna alla logica

[78] Vd. *supra* pp. 150 ss.

del «rapporto di derivazione», in quanto bene acquistato durante il godimento della cosa in usufrutto, sebbene si tratti di un acquisto occasionale e indiretto. L'usufruttuario esercita una pretesa (quella appunto di ottenere una *cautio damni infecti* dal vicino) ritenuta meritevole di tutela ai fini del godimento della *res*, che implica l'idonea garanzia da minacce al godimento stesso provenienti dagli edifici vicini[79]. Ciò si estenderebbe, in base alla discutibile reinterpretazione ulpianea del parere labeoniano, anche ai redditi salvaguardati dall'usufruttuario qualora impedisca al *dominus* immissioni sulla cosa in usufrutto che ne possano diminuire le potenzialità di godimento.

Dal secondo punto di vista, quello dell'*omnis fructus rei* come ogni utilità che può derivare dall'uso della cosa, sono significativi gli approfondimenti della concezione labeoniana che Ulpiano fa in rapporto: al *fructus seminarii* (D.7,1,7,6: *seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere*), come utilità dell'usufruttuario collegata all'uso del semenzaio, uso che oltre a soddisfare le necessità agricole (*ita tamen, ut... seminare liceat*) può materializzarsi in un reddito (*ut et vendere*), purché ne curi la rinnovazione stagionale[80]; e al *fructus instrumenti*, utilità derivante dall'uso dell'*instrumentum fundi*, che non include, però, una facoltà di disposizione, ed è modellata sulle consuetudini d'uso del concedente (D.7,1,7,7)[81].

Il commento ulpianeo alla regola sabiniana «*si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur*» (D.7,1,9 pr.; *supra* pp. 194 ss.), in base all'angolatura degli stessi *tres libri iuris civilis* di Sabino, si concentra sulle potenzialità produttive del fondo agricolo[82]. Per questo motivo, in relazione ai materiali estratti dalle cave presenti nel fondo, la condivisione (*quam sententiam puto veram*) del parere di Sabino che riconosceva a riguardo una facoltà limitata all'*uti quasi bonus pater familias* (D.7,1,9,2)[83], nulla ci dice sulla natura di questi materiali. Dato che l'ipotesi attiene a cave aperte ed

[79] Per il NEGRI, *Diritto minerario romano* cit., I, p. 209, Ulpiano avrebbe «raccolto e coordinato problematiche sorte in ambiti diversi sotto il profilo dell'*obventio* nel legato di usufrutto di *aedes*, vale a dire di incrementi ottenuti attraverso rapporti di natura squisitamente giuridica».

[80] Sul *fructus seminarii* vd. R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., pp. 101 ss.

[81] Sul *fructus instrumenti* vd. *supra* p. 136 n. 10.

[82] Ad es. D. 7, 1, 9 pr.: *... nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere.*

[83] Ulp. 17 ad Sab.: *Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias.*

utilizzate già dal *dominus* ai fini esclusivi della produzione del fondo agricolo coltivato, si spiega bene l'esclusione di un *frui* su di esse, che supererebbe di per sé il limite della condizione iniziale della cosa in usufrutto. In D. 7,1,9,2 l'uso che Sabino fa di *uti* (*usurum*), secondo il parametro del *bonus pater familias,* e che Ulpiano mantiene, non va inteso in senso generico, come concretizzazione di un *boni viri arbitratu frui*[84]. L'usufruttuario che abbia intenzione di tagliare pietra dalla cava esistente nel fondo in usufrutto, non lo potrà fare in termini di sfruttamento sistematico del giacimento, ma solo nei limiti di un utilizzo diretto e per soddisfare bisogni del fondo agricolo secondo il parametro indicato[85].

Il dato è confermato dalla modalità d'esercizio del *frui*, che per Sabino include, invece, sempre la facoltà di concedere il *frui* a terzi in comodato, in locazione o attraverso una vendita (D.7,1,12,2 Ulp. *7 ad Sab.: Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest*).

L'ipotesi in cui *haec metalla post usum fructum legatum sint inventa* (D.7,1,9,3)[86], d'altronde, non attiene ai limiti del contenuto dell'usufrutto sul fondo, ma all'oggetto del legato d'usufrutto[87]. Essa non rileva per sapere i limiti di godimento del legatario sul giacimento rinvenuto nel fondo (abbia cioè questi soltanto un uso coerente alla destinazione agricola del fondo stesso o un potere di sfruttamento sistematico della cava), che è considerato anch'esso oggetto del legato d'usufrutto dell'*ager,* in quanto sua *pars.*

[84] Così, invece, mi sembrano orientati G. Grosso, *Usufrutto*² cit., pp. 176-177; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 126; e R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., p. 112, che parla di potere di sfruttare da buon padre di famiglia.

[85] Mi sembra questa l'unica interpretazione coerente agli usi linguistici sabiniani dell'*uti*; fondamentale comunque sull'esatta comprensione di D. 7, 1, 9, 3 e del pensiero di Sabino l'ampio approfondimento fatto da G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 193 ss. e pp. 286 ss., le cui conclusioni condivido: «l'usufruttuario può quindi approvvigionarsi della pietra, della creta o della sabbia che gli occorrono, attingendo alle cave esistenti nel fondo»; e sul senso del richiamo al *bonus pater familias,* «l'uso delle cave deve limitarsi alle necessità del fondo» (p. 287).

[86] *Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium, continentur legato.*

[87] Così G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 119 n. 1; 177-178; R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., p. 112. La diversa ipotesi interpretativa del Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 291 ss., che intende l'ipotesi di L. 9, 3 non attinente a nuove cave scoperte dal legatario, ma di «scoperta di nuove sostanze», mi sembra essere eccessivamente complessa e presupporre numerosi sottintesi; vd. per altro le osservazioni di F. Horak, *Rc.* in *Labeo* 33 (1987), p. 82.

In relazione al lemma di Sabino in D.7,1,13,4 («*Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest...*»)[88], Ulpiano (D.7,1,13,5)[89] affronta la questione del potere dell'usufruttuario di *instituere* cave sul fondo agricolo, inesistenti al momento di costituzione dell'usufrutto. Si tratta di un problema attinente ai limiti del potere dell'usufruttuario riguardo la salvaguardia della 'destinazione economica' del bene. Il fatto che Ulpiano riconosca questa facoltà, contro opinioni che probabilmente l'avevano negata, è connesso alla condizione «*si nihil agriculturae nocebit*», espressione appunto del passaggio da una concezione (quella di Sabino) di necessario rispetto formale della *condicio rei* al momento di costituzione dell'usufrutto, ad una concezione tesa ad imporre la *salva rerum substantia* come salvaguardia della destinazione economica del fondo coltivato (Ulpiano)[90]. Nulla, invece, ci dice la testimonianza sulla natura di frutti del fondo dei prodotti delle cave del fondo stesso[91].

[88] Per la ricostruzione dell'intero lemma di Sabino vd. R. Astolfi, *I* libri tres iuris civilis cit., p. 211 e n. 100, dove giustamente si nega l'interpolazione del *meliorem facere potest*, data la coerenza con lo stesso commento ulpianeo dei §§5-7. Qualche dubbio potrebbe rimanere sulla sua coerenza con il limite formale della *condicio rei* di Sabino, sebbene la proposizione sembri oggetto di possibile *duplex interpretatio*: per Sabino il *melior* atterrebbe a tutto ciò che migliori la produttività del fondo mantenendone la stessa condizione formale (ad es. le stesse porzioni di fondo destinate alle identiche colture); per Ulpiano il *melior* si estenderebbe ad un criterio assoluto di maggior produttività non esclusivamente agricola.

[89] *Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas pater familias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem permittitur meliorare proprietatem.*

[90] A riguardo G. Grosso, *Usufrutto*² cit., pp. 114 ss.; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 121 ss.; G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 307 ss., da leggere con quanto nota F. Horak, in *Labeo* 33 (1987), pp. 82-83; R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., pp. 113 ss.

[91] *Contra*, R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., p. 120, che deduce da queste testimonianze ulpianee la natura di frutti del fondo dei materiali estratti da cave e miniere. Mi sembra, però, che in mancanza di una diretta qualifica di essi come *in fructu* (almeno in queste testimonianze ulpianee), l'interpretazione proposta dall'A. rischi di considerare frutti del fondo in usufrutto tutte le cose che *ad fructuarium pertinent*, generalizzazione ingiustificata, quantomeno nell'età ulpianea.

b. In relazione alla restituzione della dote si conferma la nozione di frutto come reddito-netto, risultato di un'operazione contabile. Verifica di questa in rapporto anche alla diminuzione del valore del patrimonio dotale in termini di incorporazione di alcuni redditi nel valore capitale

Nel commentario ulpianeo al lemma di Sabino «*fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt*» (D.24,3,7 pr.), in materia di restituzione della dote, una volta sciolto il matrimonio, emerge una discussione sulla natura di *fructus* dei prodotti delle cave del fondo dotale.

A me sembra scorretto un collegamento con la questione emersa in materia di *usus fructus*, sia in relazione a cave già aperte (Ulp. *17 ad Sab.* D.7,1,9,2), sia in relazione alla facoltà dell'usufruttuario di aprirne di nuove (Ulp. *18 ad Sab.* D. 7,1,13,5).

In materia di restituzione dei frutti della cosa dotale in caso di scioglimento del matrimonio, infatti, la facoltà del marito di aprire cave nel fondo dotale non è in discussione. Si può semmai porre la questione della restituzione delle spese sostenute dal marito per l'apertura delle stesse e per l'estrazione dei materiali.

In particolare, in un lungo frammento tratto dal libro 31 dell'*ad Sabinum* ulpianeo (D.24,3,7), proprio all'interno del commento del lemma sabiniano sopra ricordato, emerge una verifica della tenuta di questo non solo in relazione al frutto naturale (*fructus vindemiae* D.24,3,7 pr.), ma anche alla mercede locativa del fondo agricolo (D.24,3,7,1-3; 7,8)[92], al prodotto degli animali (*lana ovium fetusque pecorum*; D.24,3,7,9)[93], alle *operae servorum*

[92] Significative a riguardo sono le precisazioni che Ulpiano fa in relazione al parere di Papiniano sopra visto (D. 24, 3, 7, 1) per la computazione nell'ultimo anno dotale della mercede locativa. In particolare in D. 24, 3, 7, 2, dove Ulpiano stesso, sviluppando il parere di Papiniano, applica la regola all'ipotesi inversa. Quando cioè la moglie dia al marito il fondo in dote subito dopo aver vendemmiato (ottobre), e questi loca lo stesso da marzo, divorziando poi in aprile. In questo caso, infatti, il *vir* non trattiene semplicemente 1/12 della mercede locativa (1 marzo al 1 aprile), ma una quota della mercede dovuta proporzionale ai mesi di costanza di matrimonio dal momento della consegna del fondo dotale. Così, anche in relazione ad una locazione pluriannuale (D. 24, 3, 7, 8), non si computerà nell'entità della *pecunia* su cui individuare le porzioni spettanti al marito e alla moglie in proporzione dei mesi di costanza di matrimonio nell'ultimo anno dotale semplicemente la mercede corrispettiva dell'anno locativo corrispondente all'ultimo anno dotale, ma tutta l'entità della mercede.

[93] *Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur. quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? nam et hic fructus toto tempore quo*

(D.24,3,7,10)[94], alle *pensiones* dei *praedia urbana* (D.24,3,7,11)[95], alle *arbores, quae fructus intelleguntur* (quelle cioè *ceduae* o *gremiales*; D.24,3,7,12)[96]. Fin qui non emerge nella concezione ulpianea alcun dato innovativo rispetto alle regole già maturate in materia.

Un dato su cui bisogna, invece, riflettere, si coglie rispetto alle *lapidicinae marmoreae* (D.24,3,7,13) e alle *cretifodinae, argenti fodinae vel auri..., vel harenae* (D.24,3,7,14). In D.24,3,7,13[97], si esclude infatti che la moglie debba rimborsare al marito le spese sostenute per l'apertura e lo sfruttamento della cava di marmo trovata nel fondo dotale, in quanto il marmo tagliato, sebbene non ancora esportato dal fondo, è del marito (cfr. altresì Labeone in

curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. A riguardo è significativa la motivazione che espressamente ragiona in termini di assimilazione della *lana ovium* e del *fetus pecorum* in termini di *fructus* (*hic fructus*) da computare nel calcolo della restituzione non in base al momento della percezione, ma in base al «periodo di cura, o se si vuole di produzione»; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., I, pp. 486-487; sul passo vd. altresì con deduzioni convincenti J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 112.

[94] *In servo quoque anni ratio habetur, si in annum forte operae eius locatae sunt, ut praeteriti temporis ad maritum, post divortium autem ad mulierem operae pertineant.* Vd. W. Waldstein, *Operae libertorum* cit., p. 220 n. 17.

[95] *De pensionibus quoque praediorum urbanorum idem est quod in fructibus rusticorum.*

[96] *Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelleguntur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel gremiales, dici oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus tenebitur. sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thensaurus fuerit inventus...* Dal passo, mi pare emerga chiaramente, al di là della qualifica di frutti del fondo degli alberi da taglio o da combustione, il diverso limite delle facoltà di godimento del *vir* rispetto all'usufruttuario, in quanto il superamento di esse si risolve essenzialmente nelle pretese risarcitorie collegate al rapporto obbligatorio che lo lega alla moglie in relazione alla restituzione delle cose dotali, e non ai limiti stessi del potere da esercitare, coerentemente al diverso rapporto giuridico col fondo; vd. G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 328-329. Riguardo al passo, superando i dubbi espressi ad es. da J. G. Lautner, *Zur* interrogatio in iure *nach klassischem Recht*, in *Festschr. Hanausek* (1925), p. 73 n. 1; S. Perozzi, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 693 n. 3; vedi P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 2, p. 132 n. 1; A. Di Porto, *La tutela della* 'salubritas' *fra editto e giurisprudenza*, in BIDR. 91 (1988), p. 481 n. 66 rispetto alla natura di 'frutti' degli alberi del bosco ceduo; R. Knütel, *Zum Nutzungszins* cit., p. 520 e n. 24 che individua la *ratio* della spettanza alla moglie del tesoro nella regola *commodum eius esse debet cuius periculum est;* P. Voci, *Diligentia, custodia, culpa* cit., p. 100 e n. 5 che ne deduce l'obbligo della «buona conservazione delle cose».

[97] *Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt in Asia.*

Iav. *ex post. Lab.* D.23,5,18 pr.[98]). La ragione che Ulpiano dà, è fondata sulla esclusione del marmo, come materiale estratto dal fondo, dal *fructus fundi*: «*nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia*». A me sembra che la precisazione relativa alla «naturale riproduzione» (*renasci*) sia genuina. Per Ulpiano, al marito -che ha reso il *fundus fructuosior*- non spetta il rimborso delle spese, in quanto il marmo tagliato dalle cave aperte non si considera normalmente un *fructus*. Tale esclusione, però, non è assoluta e trova un'eccezione nel caso possa individuarsi il requisito della «naturale riproduzione» del materiale estratto dal fondo[99]. Il criterio è lo stesso che Servio aveva esplicitato per considerare un *fructus fundi* anche la legna tagliata dalla *silva cedua* («*Servius <ait> eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur*»; D.50,16,30 in relazione a D.18,1,40,4), operazione interpretativa che Ulpiano condivide in D.24,3,7,12.

Qualche dubbio può rimanere sulle ragioni che portano Ulpiano ad includere sicuramente nel frutto del fondo, invece, la creta, l'argento, l'oro e la sabbia estratti da cave presenti nel fondo («*utique in fructu habebuntur*» dice Ulp. in D.24,3,7,14)[100]. Proprio l'*utique*, infatti, che così perentoriamente afferma la qualità di frutti del fondo di questi materiali, sembra eludere la caratteristica fondamentale che fa escludere il marmo dagli stessi (*marmor in fructu non est, nisi tale sit ut lapis ibi renascatur*), ed accentua forse una

[98] *Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.* Sul passo con discussione della precedente letteratura G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 328 ss. La riconosciuta appartenenza del marmo al marito è presente sia in Labeone (*Labeo marmor viri esse ait*), sia in Ulpiano (*marmor ... mariti*), sia, indirettamente, in Giavoleno dato che la sua critica verte sulla natura delle spese sostenute. Soltanto in Ulpiano, però, tale conclusione è fondata sul fatto che il *marmor in fructu non est*. Il *si talis sunt lapidicinae in quibus crescere possit* di Giavoleno, sebbene esprima idee analoghe a quelle di Plinio e di Ulpiano (vd. n. seguente), è rilevante nel discorso del maestro sabiniano per qualificare le spese sostenute dal marito come 'utili'.

[99] Il senso naturalistico dell'affermazione è coerente alla visione romana dei materiali estratti ; vd. Plin. *Nat. Hist.* 36, 15 (*ipsa marmora in lapidicinis crescere...*). A riguardo cfr. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 455 ss.; e di recente G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 342 ss.; R. Lambertini, *Lapis crescere potest* cit., pp. 127-135.

[100] La ritiene una contraddizione insanabile ad es. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen* cit., p. 147.

nozione di questi materiali estratti dal fondo come prodotti dallo stesso e quindi frutti nella coscienza sociale, a prescindere da valutazioni e distinzioni di natura geologica.

C. *La nozione di frutto nei* libri ad edictum

a. La questione dei *fructus servitutis* nell'*actio confessoria* e recupero della nozione labeoniana di frutto come utilità soggettiva che si trae dalla cosa

Già abbiamo visto come Ulpiano rispetto all'*actio confessoria* (*17 ad ed.* D.8,5,4,2; D.8,5,6,6) cristallizzi il *fructus servitutis* in termini di *quod interest agentis servitute non prohiberi* e di *commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret*, contro la diversa interpretazione radicata nel diritto più antico (vd. Gai. D.22,1,19,1 *supra* pp. 59 ss.) e confermata nella scuola sabiniana (Paul. D.33,2,1).

Ulpiano opera una generalizzazione di responsi dati da Labeone in materia di *actio negatoria* (Ulp. D.8,5,4,2) e di *interdictum de rivis* (Paul. D.43,21,2), i quali, dato il contesto, coglievano più concretamente il rapporto tra utilità soggettiva e pieno godimento del fondo limitato al solo proprietario («*et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium*»; «*Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam...*»). Ulpiano, in una prospettiva in positivo (del titolare della servitù prediale che esercita l'azione confessoria), accentua l'utilità soggettiva in quanto tale del godimento specifico della *servitus* prima dell'accertamento giudiziale del diritto. In questo caso, quindi, egli recupera la nozione labeoniana di frutto come utilità soggettiva.

b. *Augmenta hereditatis* e *fructus* nella *hereditatis petitio* (L. 530): apporto originale di Ulpiano che elabora una distinzione tra frutti propriamente detti e cose che, di fronte al diritto, assumono le veci dei frutti. Approfondimento delle mercedi percepite dai fondi agricoli come reddito di sostituzione.

Nel commento edittale di Ulpiano, si coglie una riflessione complessa tesa a fornire un coerente sistema dogmatico della nozione di 'frutto' in rapporto anche ai redditi. Essa è interna al commento ad E. LXV '*si hereditas*

petatur' ed in particolare è relativa agli *augmenta hereditatis* che devono essere restituiti dal convenuto con *hereditatis petitio* all'attore (*Item non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitione: ...fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem* [D.5,3,20,3]).

> Ulp. *15 ad edictum* (L.530 [in alio ordine rest.])
> *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.* [D.22,1,34] / *Augent hereditatem gregum et pecorum partus.* [D.5,2,25,20] / *Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem; quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere.* [D.5,3,27 pr.] / *Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.* [D.5,3,27,1] / *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa qua sunt pensiones. item vecturae navium et iumentorum.* [D.5,3,29]

α. *Usurae vicem fructuum optinent*: D. 22,1,34

L'importanza strategica di D.22,1,34 per la fissazione moderna di un concetto di 'frutti civili' comprensivo anche degli interessi del danaro ha trovato nel Savigny un chiaro riconoscimento[101].

Prima di approfondire, peraltro, il significato e la portata del *vicem fructuum*, bisogna reinserire il frammento nel suo originario contesto, dal quale è stato escerpito dalla commissione edittale per farne il primo frammento di questa massa, dopo quella papinianea e sabiniana, nel titolo *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora* (22,1) dei *Digesta* di Giustiniano[102].

[101] F. C. von Savigny, *System* cit., VI, pp. 102-103 n. a e b. e pp. 140 ss. Sul passo, di recente, vd. St. Weyand, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in T. 51 (1983), p. 229 n. 29, che mantiene giustamente distinti gli àmbiti concettuali di *fructus* e delle cose *quae vicem fructuum optinent*.

[102] Per questo tipo di problemi vd. *infra* pp. 376 ss.

Ulpiano sta commentando la clausola edittale *si hereditas petatur* (E.XV, 65).

Un primo problema è dato dal punto nel quale il frammento in esame si trovava nella successione dei frammenti del commentario edittale ulpianeo tramandati in D.5,3 sulla *hereditatis petitio*. Se da un lato non si discute sulla parte del commentario in senso stretto che si collegava con D.22,1,34, ed in particolare sulla catena D.5,3,25,20; 27 pr.-1 e 29[103], d'altro lato vi è disaccordo sul contesto più generale nel quale tale catena si trovava.

Due a riguardo sembrano le possibili ipotesi palingenetiche.

Una che considera probante l'attuale ordine di successione dei frammenti escerpiti dall'opera classica come presente nel titolo costruito dai compilatori. In questo caso, saremmo all'interno del commento al *SC. Iuventianum* (D.5,3,20,6-6[d]) ed in particolare alla regola ivi stabilita sul *restituere* del possessore di buona fede del patrimonio ereditario come limitato a ciò che *locupletior ex ea re factum esset*[104].

L'altra ipotesi trae spunto da un ammonimento del Krüger che nel 1910 metteva in guardia dall'accettare acriticamente l'ordine di successione dei frammenti e dei paragrafi dei frammenti della stessa opera classica all'interno del titolo giustinianeo[105]. Il dubbio, in relazione alla catena di testi qui richiamati, è esplicitato dal Lenel[106] ed approfondito dal

[103] O. Lenel, *Palingenesia* cit., II col. 505 (n. 530): [25, 20] *Augent hereditatem gregum et pecorum partus.* [27 pr.] *Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere.* [27, 1] *Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.* [29] *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones, item vecturae navium et iumentorum.* [D. 22, 1, 34]...

[104] Così ad es. D. Liebs, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, in *Index* 1 (1970), p. 152.

[105] Il Krüger, *Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten* cit., in ZSS. 31 (1910) R. A., pp. 7 ss., fondava questa convinzione sul confronto testuale esterno dei frammenti tramandati dai *Digesta* di Giustiniano e le raccolte di *iura* o miste di *iura et leges* pregiustinianee.

[106] O. Lenel, *Palingenesia* cit., II, col. 500 n. 2 (dove rimanda in relazione al n. 517 §3 [D. 5, 3, 20, 3] al n. 530) e col. 505 n. 3 (in relazione al n. 530) «*Haud scio an haec suo loco mota sint, cf. fr. 517 § 3*»; Id., *Textkritische Miszellen*, in ZSS. 39 (1918) R. A., pp. 149-150 (dove in relazione a D. 5, 3, 20, 3 ipotizza la possibile provenienza spuria di alcune parti del frammento, dal sicuro intervento su esso dei compilatori, dato che «wir Ausführungen Ulpians über die

Kaser[107]. In realtà, l'esatto contesto di essa sarebbe al di fuori del commentario sul *SC. Iuventianum*, ricollegandosi al principio civilistico applicato nella *hereditatis petitio* che *fructus omnes augent hereditatem* trattato nell'attuale D.5,3,20,3.

Il punto va approfondito.

L'ordine degli argomenti del commentario ulpianeo all'*hereditatis petitio* vede la sequenza: legittimazione attiva (L.507 = D.5,3,2); legittimazione passiva (*possessor pro herede; possessor pro possessore* L.508-514=D.5,3,9;11;13 pr.-1; 41,10,1; 36,3,4; 5,3,13,2-15; 16; 18 pr.-1); *quae veniant in hereditatis petitione*: a) *iura et corpora* (L.515-517 = D.5,3,18,2); b) *quae hereditatis causa comparata sunt* (L.517 = D.5,3,20 pr.-2); c) *augmenta hereditatis* (L.517 = D.5,3,20,3); d) *actiones* (L.517 = D.5,3,20,4-5).

Successivamente Ulpiano afferma di aver trovato molte cose (*multa repperimus tractata*; D.5,3,20,6) in relazione alla diminuzione del patrimonio ereditario (*de distractis rebus hereditariis*), alla dolosa dismissione del possesso dei beni ereditari precedente alla *litis contestatio* (*de dolo praeterito*) e ai frutti (*de fructibus*). Egli, a questo punto, inserisce la trattazione del *SC. Iuventianum* (L.518 = D.5,3,20,6-6[d]) che diviene oggetto precipuo del suo commento (L.519-537).

In astratto, il richiamo alla tematica dei frutti, come ad una parte trattata rispetto alla *hereditatis petitio* ai tempi di Ulpiano, potrebbe giustificare l'ampio approfondimento che troviamo in D.5,3,25,20; 27; 29 a cui si collega di solito anche D.22,1,34. La scelta però di collocare proprio dopo l'affermazione richiamata (20,6) il testo del *SC. Iuv.* esprime la consapevole fusione delle tematiche sopraricordate nel commento al SC., come testo che in materia dalla sua emanazione (128 d.C.) ha assunto un ruolo centrale nella interpretazione dei *prudentes*. Riguardo al diritto esistente, infatti, il SC. ha, in parte, innescato dinamiche interpretative.

Bisogna porsi, quindi, la questione se, entro l'ordine dell titolo 5,3, l'attuale posizione assunta da L.530 si giustifichi oppure no, e poi porsi l'ulteriore problema se la connessione di questa catena di testi con D.22,1,34 sia convincente.

augmenta hereditatis in den Digesten noch an anderer Stelle begegnen, vgl. 5, 3, 25, 20;27;29; 22, 1, 34»). Seguono il Lenel, E. Albertario, *La responsabilità del* bonae fidei possessor cit., pp. 274 ss.; G. Longo, *L'*hereditatis petitio cit., pp. 204 ss.

[107] M. Kaser, *Restituere*[2] cit., pp. 43-44; 50; p. 202 (Nachträge); Id., *Passivlegitimation zur* hereditatis petitio, in ZSS. 72 (1955) R. A., pp. 120 ss., 122; Id., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 116 e n. 137.

Sia in D.5,3,25,20 (*augent hereditatem....)*, sia in D.5,3,27 pr.-1 (*...augent tamen hereditatem... possessor...debet restituere; ...venient <in hereditatis petitione>*), emerge chiaramente la prospettiva del *restituere* formulare e della regola che *omnes fructus hereditatem augent*. In particolare quest'ultima viene approfondita in relazione ad 'utilità' percepite dai beni ereditari visti come patrimonio unitario non automaticamente ascritte nei 'frutti' (*partus gregum et pecorum; partus ancillae; pensiones; mercedes; operae servorum; vecturae*).

Dal punto di vista sostanziale, la differenza con la problematica della responsabilità per arricchimento del possessore di buona fede impostata dal SC. *Iuv.* è significativa. Il *possessor bonae fidei* dell'*hereditas,* che avesse diminuito senza arricchirsi il patrimonio ereditario (vd. a riguardo il *ius controversum* ricordato in D.5,3,25,15), non sarebbe stato condannato a restituire alcunché all'erario nella *petitio* (*extra ordinem*) ed al privato nell'*hereditatis petitio*[108].

Riguardo a questa problematica, i frutti oggetto di *restituere* assumono rilevanza solo entro il limite dell'effettiva *locupletatio* del possessore convenuto, e quindi, non è a ciò coerente l'approfondimento dei redditi provenienti da cose ereditarie equiparabili ai 'frutti' come tali, ma al contrario emerge l'importanza della regola sabiniana che *fructus intelleguntur deductis impensis* e l'apprezzamento delle spese erogate dal *possessor* (D.5,3,31; 37).

Rispetto, invece, alla regola che *fructus omnes augent hereditatem*, emerso ben prima ed al di fuori del commento al SC. *Iuv.*, ha un suo preciso significato l'approfondimento serrato di quali utilità possano essere assimilate ai frutti rispetto all'*hereditatem restituere* della *hereditatis petitio*.

Potrebbe, infine, rimanere qualche dubbio rispetto alla possibilità, in dottrina non colta, che D.22,1,34, invece di essere interno alla catena di testi di L.530, sia stato spostato da una parte diversa del commentario ulpianeo al SC. *Iuv.* ed in particolare, in relazione alla responsabilità del *malae fidei possessor.* Un appiglio potrebbe essere visto in D.5,3,25,4[109], testo interno al

[108] Sulla questione dell'originaria delimitazione del disposto del SC. *Iuv.* solo alla *petitio (extra ordinem)* dell'erario e non alla *hereditatis petitio* dei privati, vd. con ipotesi di spiegazione diverse che mantengono la loro plausibilità A. Guarino, Salvius Iulianus. *Profilo biobibliografico*, Catania (1945) [= in *Labeo* 10 (1964), 364 ss.; = in *Pagine di diritto romano*, Napoli (1994), V, pp. 182 ss., in particolare 235 ss.]; F. Arcaria, *Senatus censuit* cit., pp. 223 ss.; e M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio* cit., pp. 334 ss.

[109] *Sed et fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos.*

commento dei *verba senatusconsulti "eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent"*. Ulpiano riporta al SC., sebbene non espressamente, l'obbligo di *praestare* non solo i *fructus percepti*, ma anche quelli *percipiendi*. In un tale àmbito poteva forse inserirsi D.22,1,34, in quanto l'equiparazione in materia di fedecommessi, di legato, e di giudizi di buona fede tra interessi e frutti troverebbe una possibile conferma nella autonoma individuazione come causa di un debito di interessi della *conversio in usus proprios*[110].

Le ragioni che mi portano a condividere, però, l'ipotesi del Lenel e del Kaser sopra richiamata - che l'attuale stesura di D.5,3,20,3 *in fine* (*sed et partus ancillarum... augent hereditatem*) sia il risultato di un taglio che ha spostato nella parte *de fructibus* del commento al SC. *Iuv.* l'ampio approfondimento della regola *fructus omnes augent hereditatem* che originariamente vi si trovava e che comprendeva anche l'attuale D.22,1,34 - sono legate al tenore del frammento, ed in particolare all'ultima frase di esso che lo inserirebbe coerentemente nel contesto di L.530.

La sequenza dei testi non aveva, peraltro, a mio avviso l'ordine proposto dal Lenel e seguito dal Kaser, ma vedeva, dopo l'affermazione di principio di D.5,3,20,3 (*fructus autem omnes... accesserint*), proprio il frammento ora collocato dalla commissione edittale in D.22,1,34, seguito e non preceduto da D.5,3,25,20; 27; 29[111].

Un indizio di questa collocazione mi sembra la frase finale di D.22,1,34: *hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.*

Obventio[112] è termine che Ulpiano utilizza in materia di usufrutto per esprimere ogni 'reddito' percepibile dalla cosa in usufrutto ed in particolare le mercedi locative percepibili dagli edifici e dalle aree (Ulp. *17 ad Sab.* D.7,1,7,1)[113].

L'uso poi del futuro (*dicemus*) potrebbe anticipare proprio la successiva parte di commento relativa alle pensioni locative. Al contrario esso assume-

[110] G. Cervenca, *Contributo allo studio delle* usurae *cd. legali* cit., pp. 13 ss.; Id., *Usura* cit., pp. 1125 ss.

[111] Sarebbe quello esposto all'inizio del paragrafo l'ordine del fr. originario.

[112] Superficiale la critica del Beseler, *Romanistischen Studien*, in T. 10 (1930), p. 175. Vd. peraltro nel senso qui seguito già F. C. von Savigny, *System* cit. VI, p. 141.

[113] Sull'inserzione ulpianea nel lemma di Sabino dell'*obventiones quae sunt ex aedificiis ex areis et ceteris* vd. *supra* pp. 150 ss.

rebbe un tono quasi contraddittorio se D.22,1,34 si trovasse alla fine della catena di testi richiamata[114].

Ricostruito in via d'ipotesi il contesto originario dell'affermazione iniziale del frammento, cioè quello della regola relativa al *restituere* in materia di *hereditatis petitio* che *fructus omnes augent hereditatem*, bisogna approfondire il significato di essa.

Il *vicem,* a mio avviso, non implica una analogia tra *fructus* e *usurae* ma l'equiparazione di due distinte realtà dal punto di vista delle regole applicabili[115]. In particolare, proprio rispetto alla regola sopra richiamata incidente sull'entità del *restituere* del possessore dell'eredità, si equiparano gli interessi del danaro ai frutti per il computo del valore dell'*hereditas* oggetto di *petitio*. Gli eventuali interessi percepiti anche prima del processo dal possessore sul danaro dell'asse ereditario 'accrescono' l'eredità così come i frutti, e quindi debbono essere restituiti con essa al vero erede.

L'equiparazione del regime giuridico applicabile a *usurae* e *fructus* in materia illumina altresì il senso della frase successiva (*et merito non debent a fructibus separari*)[116]. Essa, infatti, evoca una posizione contraria che in materia separava *usurae* e *fructus* in relazione al contenuto del *restituere* processuale. Il *merito* implica, invece, che Ulpiano condivideva una equiparazione delle regole giuridiche applicabili.

[114] Altra spiegazione, che non ritengo di escludere completamente, è in astratto possibile. Dati l'escerpimento e il contestuale spostamento strategico del frammento dal commento ulpianeo alla *hereditatis petitio* al titolo giustinianeo D. 22, 1, si potrebbe supporre che in origine la testimonianza si arrestasse a *servatur*. L'inserimento dell'ultima frase sarebbe stato reso necessario dallo spostamento, al fine di richiamare l'estensione dell'equiparazione di trattamento normativo realizzata tra frutti e interessi , anche ad altri proventi, *in primis* le pensioni locative, estensione che nel contesto originario del commento ulpianeo si evinceva *in re ipsa* dall'ordine degli argomenti trattati. Cadrebbe, allora, in base a questa possibile interpretazione, l'argomento per la proposta collocazione di D. 22, 1, 34 in esordio nell'ordine originale della catena. Pensa ad una «origine probabilmente emblematica» dell'«ultima generalizzazione» A. de Robertis, *La interpretazione del* Corpus Iuris *in Oriente e in Occidente*, Napoli (1984), p. 182.

[115] Così già G. E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 34. Di «Gleichstellung» parla M. Kaser, *Die Passivlegitimation* cit., p. 122. Il Bretone, *Frutti* cit., p. 666 n. 25, accentua il collegamento del *vicem fructuum* col *loco fructuum* delle mercedi locative. A riguardo mi sembra altamente significativo il *legis vicem optinere* ricorrente in materia di fonti di produzione del diritto.

[116] Frase ingiustamente criticata per un presunto uso non classico di *merito*; vd. ad es. M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 44.

L'affermazione viene corroborata attraverso il richiamo ad altri istituti ed azioni nelle quali è realizzata questa equiparazione nel regime giuridico e nelle regole applicabili tra frutti ed interessi in caso di mora nella restituzione: nei legati e nei fedecommessi[117], nell'azione di tutela ed in generale negli altri *iudicia bonae fidei*[118].

La frase finale (*hoc idem - dicemus*), infine, estende quanto detto anche agli altri proventi derivanti dalla cosa ereditaria che non rientrino a rigore nei 'frutti'. Il dato è importante perché include anche le pensioni locative e le *operae servorum* nelle cose che *vicem fructuum obtinent*, sempre all'interno della regola che *fructus omnes augent hereditatem*.

Dal punto di vista storico-dogmatico, quindi, in D.22,1,34 il rapporto tra *usurae* e *fructus* è sciolto come equiparazione nell'applicazione ad entrambi delle regole giuridiche elaborate per individuare l'ampiezza del *restituere* nella *hereditatis petitio*, equiparazione che troverebbe conferma in una serie estesa di giudizi, *in primis* di buona fede. Tutto ciò, peraltro, all'interno di una più ampia risistemazione del rapporto tra *fructus* e 'redditi' *ex negotiatione*, la quale non opera logicamente in termini di 'identità' (*esse*)[119],

[117] Per i fedecommessi in caso di mora vd. già Gai. II, 280, da confrontare con Marc. D. 36, 1, 46 [44], 1. Per i legati l'affermazione generale si trova anche in PS. 3, 8, 4: *ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possint*. Storicamente, però, la regola nasce con legati tutelati con azione avente *intentio incerta* (questa possibilità sfugge al RICCOBONO, Stipulatio *ed* instrumentum *nel diritto giustinianeo*, in ZSS. 43 [1922] R. A., pp. 349 e n. 1), ed in particolare, come ci tramanda Gaio II, 280, per il *legatum sinendi modo* in base ad un parere di Giuliano per *mora*. Sul punto vd. P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato*, Milano (1936), p. 117; ID., *Diritto ereditario romano* cit., II, p. 392; M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 50; ID., *Das* legatum sinendi modo *in der Geschichte des römischen Vermächtnissrechts*, in ZSS. 67 (1950) R. A., pp. 346-347 n. 45; N. D. BAMMATE, *Origine et nature du legs* sinendi modo, Lausanne-Paris (1947), pp. 74 ss. ed in particolare pp. 76-77 n. 1; A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato* sinendi modo, Milano (1958), pp. 97-102; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino (1962[2]), p. 376; G. CERVENCA, *A proposito di Gai. 2, 163 e 2, 280,* in *Gaio nel suo tempo*. Atti simposio romanistico, 1966, pp. 25 ss.; ID., *Contributo allo studio delle* usurae *cd. legali* cit., pp. 173 ss.; 177-178; V. GIODICE-SABBATELLI, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, in Sodalitas. *Scritti in onore A. Guarino*, 5, pp. 2131 ss.; G. MACOURS, *Het testament van Jan Vonck en het Romeinse recht*, in T. 57 (1989), pp. 386-388.

[118] A riguardo vd. per la correttezza dell'affermazione ulpianea, sia rispetto alla mora, sia rispetto alla *conversio in usus suos,* G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* usurae *cd. legali* cit., pp. 13 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS. 104 (1987) R. A., pp. 542 ss.

[119] In Ulp. D. 27, 9, 5, 9, in relazione all'*oratio Severi* in materia di alienazione dei beni pupillari, *pecunia* ha il senso di «sostanza pupillare» (vd. F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale,*

ma di assunzione del 'posto' (*vicem*) propriamente dei primi ai quali erano destinate alcune regole giuridiche ora applicabili ai secondi[120].

β. *Partus gregum et pecorum*: D.5,3,25,20

A riguardo va notata la particolare modalità d'uso di *partus* in relazione alla procreazione animale ed, altresì, la sua applicazione non soltanto ai singoli animali ereditari, ma ai greggi e agli armenti dell'eredità[121].

ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo, in *Iura* 27 [1976], p. 19 n. 3), che può consistere in danaro contante (*in numerato*), in crediti (*in nominibus*), in frutti immagazzinati (*in fructibus conditis*), in investimenti, nella speranza che diano redditi o proventi (*in redituum spe atque obventionum*).

[120] A riguardo è necessaria una precisazione relativa ad una supposta modalità d'uso 'naturalistica' di Ulpiano per descrivere la redditività dei prestiti ad interessi, evocando, attraverso *pario/parere*, l'immagine del danaro che «genera» interessi: Ulp. *lib. sing. de off. cur. r. p.* D. 22, 1, 33 pr. : *Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent et maxime, si parient usuras: si non parient, prospicere rei publicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum praebeat, sed moderatum et cum efficacia benignum et cum instantia humanum...* La testimonianza più che tradire la sicura mano bizantina per la sua ridondanza, come vuole E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur,* in BIDR. 33 (1923), p. 67 (che era peraltro interessato alla presunta provenienza giustininea delle espressioni *benignus, benigne, benignitas*, su cui da ultimo in senso giustamente conservativo A. PALMA, *Benignior interpretatio*, Torino [1997], pp. 65 ss. e su Ulpiano pp. 119 ss.; per la sostanziale genuinità di D. 22, 1, 33 pr. vd. anche F. WUBBE, *Richtlijn voor een commissaris in de provincie (Ulp. D. 22, 1, 33 pr.)*, in *Uit het Recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam*, Deventer [1971], pp. 219 ss.), reagisce alla tematica specifica trattata (*de officio curatoris rei publicae*) e ai destinatari. Ulpiano indica norme di comportamento (*debitores inquietari non debent*; *prospicere rei publicae securitati debet praeses provinciae*; vd. altresì in L. 33, 1: *prospicere debet*) alle quali chi abbia l'*officium* di amministrare cose pubbliche deve attenersi. In particolare, si tratta del danaro pubblico dato a prestito. Il *si parient usuras: si non parient* non è relativo alle *pecuniae publicae,* come vorrebbero HEUMANN- SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., p. 404 s. v. [*pario*] '*parere*' (seguiti ora da M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del* mutuum cit., p. 78) ma ai *debitores*. Il senso sarebbe quello di «pagare-saldare», da *pario pariare* (così M.R. SCHNEIDER in C. E. OTTO-B. SCHILLING-C. F. F. SINTENIS, *Das Corpus iuris civilis in's Deutsche übersetzt*, Leipzig [1831], II, p. 611). In sostanza, Ulpiano afferma che non bisogna richiedere le somme capitali ai debitori del danaro pubblico, finché continuino a pagare gli interessi su queste somme. Qualora smettano di pagare gli interessi, allora il *praeses provinciae* deve intervenire per recuperare almeno la *sors,* ma sempre con un comportamento improntato a valori di moderazione e umanità.

[121] Sul passo vd. M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 14; ID., *Partus ancillae* cit., pp. 192-193; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 116 e n. 137; R. ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, in *Iura* 33 (1982), p. 7; J. HAMMERSTEIN, *Die Herde* cit., p. 169; T. GIARO, *Über*

γ. *Partus ancillae in fructu non est*: D.5,3,27 pr.

Per Ulpiano, sebbene non siano frutti (così anche Ulp. D.4,2,12 pr.; D.16,3,1,24), anche i *partus ancillarum* e i *partus partuum* accrescono l'*hereditas*[122]. La motivazione data diverge da quelle di Bruto e Gaio in materia di *partus ancillae*.

Il punto chiave interpretativo è dato dal *non temere*[123]. La questione, per essere correttamente impostata, deve tener conto di un dato. L'acquisto di *ancillae* a fini di procreazione, un'aberrazione del sistema schiavistico, pur

methodologische Werkmittel der Romanistik, in ZSS. 105 (1988) R. A., p. 219 e n. 144; J. FILIPFRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 103 n. 19.

[122] Sul rapporto del passo con l'*hereditas iacens* come centro di imputazione autonomo di rapporti giuridici, vd. R. ORESTANO, *Hereditas nondum adita* cit., p. 7.

[123] I Basilici eliminano ogni oscillazione nel pensiero ulpianeo, rendendo il *non temere* in termini di οὐδὲ πάντως (BT. 1903, 2). Per il BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* cit., in ZSS. 66 (1948), p. 378, l'avverbio non sarebbe consueto nel latino classico. Contrastano, però, questo assunto, sia l'uso di *temere* e di *non temere* nel latino ciceroniano ed in quello giuridico di Gaio (Gai. II, 33), sia l'ulteriore dato che delle 26 ricorrenze dell'avverbio nei *Digesta* di Giustiniano, ben 10 volte esso ricorre in frammenti di Ulpiano. Sul significato da dare, poi, all'intera frase non è provata la recente proposta del DUMONT, *Servus* cit., p. 101-102. Essa, infatti, non rispetta la costruzione sintattica del periodo, legando il *quia / ut pariant* al *partus ancillarum... augent hereditatem*, con il diverso significato «or les enfants des servantes, ... ont beau ne pas être considérés comme fruit, ils accroissent pourtant l'heritage car ce n'est pas sans raison qu'on achéte des servantes pour qu'elles enfantent». Tale interpretazione non rende ragione del significato del *temere* con negazione, che assume invece un preciso significato, confermato anche per il linguaggio di Ulpiano, come «non a caso / non facilmente / non con leggerezza» (vd. ad es. *nec satis non dantes temere repelluntur, quia...* Ulp. *35 ad ed.* D. 26, 2, 17, 1; cfr. altresì D. 27, 2, 3, 4 Ulp. *1 de omn. trib.; Sed si quis ex liberis, qui non sunt in potestate, cum parente velit experiri, non temere iniuriarum actio danda est, nisi atrocitas suaserit...* Ulp. *57 ad ed.* D. 47, 10, 7, 4). Nel senso qui condiviso, vd. ad es. M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157 e n. 12 («nicht leicht»); A. WATSON, *Morality, Slavery and the Jurists* cit., pp. 292-293 n. 19 («not lightly»); più di recente, con ulteriori approfondimenti, S. TREGGIARI, *Questions on Women Domestics* cit., p. 188 («not without due consideration», «only after carefully weighing», il che significherebbe che «breeding was not the main function of women slaves»); P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property* cit., pp. 68-69 (concludendo una serie di passaggi logici sottili, ritiene che il pensiero di Ulpiano sarebbe chiaro nel senso che «offspring are not *fructus* because, differently from livestock, the fertility of slaves is not callously managed in the interests of productivity»). Per la HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 271, invece, la lettura del Dumont troverebbe conferma nelle fonti letterarie, le quali attestano la prassi dell'allevamento riproduttivo di *ancillae*. Il punto, però, non è quello di negare in base a D. 5, 3, 27 pr. (vd. n. seguente) l'esistenza di questa prassi, ma la presa di posizione critica di Ulpiano a riguardo, espressa proprio nel *non temere*.

se poco conosciuto nell'epoca della grande espansione repubblicana, è presente dal I sec. a.C., assumendo nel corso del I-II secolo d.C. una maggiore consistenza[124].

L'affermazione di Ulpiano si inserisce in un contesto socio-economico che conosce sicuramente pratiche di tal genere. Trarre da essa, invece, un argomento contro una prassi economica esistente, ne falsa anche il significato giuridico. Essa non dimostra, infatti, che l'allevamento riproduttivo di schiavi non esistesse nella prassi economica contemporanea, ma solo che la procreazione non fosse vista da Ulpiano come lo "scopo tipico" (*causa*) dell'acquisto di *ancillae*. La loro redditività consisterebbe, normalmente, nelle loro *operae*[125]. La procreazione, possibile e talvolta anche incentivata, rimane pur sempre una eventualità e non una sicurezza[126], che peraltro diminuisce, nel corso della gravidanza e dell'allattamento, di molto le capacità produttive dell'*ancilla* espresse nelle sue *operae*[127]. Il *non temere* ulpianeo si carica, così, di un significato più forte anche dal punto di vista etico-giuridico[128], rispetto ad una in-

[124] Fondamentali, pur con diverse sfumature interpretative possibili, Corn. Nep., *Att.*, XIII, 3-4; Varr., *De re rust.*, I, 17, 5; II, 2, 13-14; II, 7, 7-8; Col., *De re rust.*, I, 8, 18-19; VIII, 9, 1-5. Non probante, invece, Plut., *Crass.*, II, 7. Sui *vernae* vd. ora approfonditamente, E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 15-21; 35 ss.; 288 ss., sebbene l'A. appiattisca troppo D. 5, 3, 27 pr. sulle fonti letterarie (pp. 250 ss.). Per una interpretazione restrittiva di queste fonti, accentuando la notizia di Ulp. D. 5, 3, 27 pr., cfr. F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* cit., I, pp. 76 sg.; II, pp. 265 ss. Per una critica K. R. BRADLEY, *Approvvigionamento e allevamento di schiavi a Roma*, in *La schiavitù nel mondo antico*, a cura di M. I. FINLEY, trad. it. Faillace, Roma-Bari (1990), pp. 59 ss., in particolare pp. 70-71.

[125] Questa affermazione è coerente con la qualificazione di *sana* della schiava che per *natura* sia sterile (Ulp. D. 21, 1, 14, 3; Aul. Gell., *Noct. Att.*, IV, 2, 9-10; nel caso, invece, di Paul. D. 19, 1, 21 pr. la responsabilità del venditore riposa sul fatto che egli avrebbe venduto il *partus* dell'*ancilla sterilis* o maggiore di 50 anni, all'insaputa del compratore); vd. E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 271-273.

[126] In tal senso, in dottrina, si è talvolta parlato del *partus ancillae* come *donum fortunae* o come *Zufall*; vd. *supra* p. 90 n. 33.

[127] Vd. esattamente G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 202; F. DE MARTINO, *Storia economica* cit., II, p. 265; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 272.

[128] Esattamente si è detto che «la motivazione tende a colorarsi di un aspetto etico, ... che trova la sua precisa espressione in *non temere*»; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 323 n. 72; così anche F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 588 n. 90, il quale ritiene che «In *temere* klingt freilich auch Indignation gegen die Entwürdigung der Sklavin zur Produzentin von 'Menschenjungen' an». Anche il BIRKS, *An Unacceptable Face* cit., pp. 70-72, accentua ora il giudizio negativo di Ulpiano su una prassi economica; di «giustificazione, di carattere a prima vista più propriamente giuridico» parla ora F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 19 p. 57.

terpretazione tesa ad evidenziare nella motivazione di D.5,3,27 pr. soprattutto la portata socio-economica[129].

Il *partus* della schiava del *de cuius*, quindi, in quanto *augmentum* dell'eredità, deve essere restituito all'attore-erede, sia nel caso il possessore lo possegga nelle more processuali, sia in quello che se ne sia liberato con dolo[130].

δ. *Pensiones, mercedes, vecturae, operae servorum*: D.5,3,27,1-29

La ricostruzione della catena di testi, ed in particolare la continuità tra la L. 27,1 e la L. 29 diventa significativa per la comprensione del trattamento giuridico, e soprattutto della qualificazione dei diversi proventi giustapposti. Per quanto riguarda le 'pensioni' percepite per la locazione di fondi urbani, esse vengono attratte nel regime giuridico della restituzione dell'*hereditas,* si intenda sottinteso vuoi un *<in hereditate> venient*, vuoi un *<in petitione> venient*. Ulpiano però non dà alcuna qualifica a questi proventi, ma ne menziona il debito pur se provenienti indirettamente da usi contrari ai *boni mores* del bene locato (*lupanarium*)[131].

In D.5,3,29, il giurista esordisce con la considerazione ritenuta sicura (*plane*) che le mercedi ricevute dai coloni, quindi per locazioni di fondi agricoli, *loco sunt fructuum*. All'interno della logica del discorso svolto, l'affermazione non va letta in un senso analogo al *vicem fructuum* di D.22,1,34[132].

[129] Tesi questa dominante, in dottrina: vd. ad. es. S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 589 n. 1; V. SCIALOJA, *La teoria della proprietà* cit., p. 113; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 132; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 2, p. 193; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 202; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., pp. 322-323 n. 72; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 271.

[130] La critica si soffermava soprattutto su questa seconda parte (vd. ad es. G. BESELER, *Beiträge* cit., IV, pp. 20 sg.; seguito in un primo tempo dal KASER, *Restituere*[2] cit., p. 16; G. LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 87-88; 124-125), in base all'assunto non provato che l'estensione ai frutti del processo o il richiamo al dolo non fossero classici. Con argomenti che superano le ipotesi critiche vd. però S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 199-200 n. 6, seguito da M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden* cit., p. 109 n. 112 («sachlich unbedenklich») e p. 116 n. 137; sul passo vd. ora anche F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real* cit., p. 77 n. 116, p. 58 n. 49.

[131] Sul punto, vd., anche in relazione all'*honeste* di Paul. D. 6, 1, 33, H. KRELLER, Rc. a Kaser, in ZSS. 53 (1933) R. A., p. 566 e n. 5; e lo stesso M. KASER, *Rechtswidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 60 (1940) R. A., p. 136 n. 2.

[132] Così, invece, G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 33-34; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 190 e n. 2; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., p. 143; M. BRETONE, *Frutti* cit., p. 666; ST. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., p. 229 n. 29.

Essa, al contrario, coglie una particolarità di questi proventi rispetto sia alle pensioni percepite dagli immobili urbani sopra menzionate, sia alle *operae servorum* e alle *vecturae navium et iumentorum* subito di seguito ricordate. La conclusione relativa al trattamento giuridico è identica a tutti gli altri proventi ricordati in questa parte (si tratta cioè di 'proventi' che, percepiti da cose ereditarie, *augent hereditatem*), ma il ragionamento coglie un più diretto rapporto tra le mercedi e i frutti naturali del fondo locato[133]. Ulpiano, cioè, esprime bene il senso di reddito di sostituzione delle *mercedes* ricevute per la concessione del godimento del fondo agricolo e i frutti naturali che esso dà. La deduzione è confermata dall'assimilazione delle *vecturae* percepite per la concessione del godimento di beni naturalmente infrugiferi (navi e cavalli da trasporto) non alle *mercedes*, ma alle *pensiones* ricevute per la locazione di fondi urbani. Ciò che accomuna queste ipotesi è l'assenza di un diretto rapporto tra pensione locativa e frutto naturale di cui la prima sarebbe appunto il reddito sostitutivo. Di qui anche la coerenza con le *operae servorum* che non sostituiscono, ma semmai materializzano il *fructus hominis*[134]. Tutti questi proventi si troverebbero nella medesima 'causa' delle *pensiones* (*in eadem erunt causa, qua sunt pensiones*) e non sarebbero percepiti *loco fructuum* come, invece, le *mercedes* dei fondi rustici locati.

Significativo, a riguardo, è il fatto che Ulpiano stesso in D.22,1,36, commentando l'editto *de bonis possidendis proscribendis vendundis* (E. XXXIX), ed in particolare la R. *De fructu praediorum vendendo locandove*, affermi che le *praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*. Il *pro fructibus* esprime qui un processo interpretativo di 'finzione' («le pensioni dei fondi urbani si ricevono a modo di frutti»). Ciò probabilmente è condizionato dal fatto che rispetto a questi proventi, a differenza delle mercedi per le locazioni di fondi rustici, non sarebbe possibile cogliere un concreto rapporto di sostituzione tra la somma di danaro percepita e i frutti naturali del bene locato, ma semplicemente la possibilità che dal bene naturalmente infrugifero possa percepirsi alcunché attraverso la mediazione di un rapporto giuridico.

[133] V. SCIALOJA, *La teoria della proprietà* cit., I, p. 99: «nel caso dei fondi rustici essi [sc. frutti civili] non sono che il prezzo dei frutti naturali che l'affittuario gode».

[134] In relazione a D. 5, 3, 29 vd. M. BRETONE, *Frutti* cit., p. 666 e n. 22; K. MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten,* in *Index* 3 (1972), p. 404.

3. *Paolo sviluppa la nozione papinianea di frutto giuridico, tentando una sintesi unitaria in termini di reddito di sostituzione*

A. Fructus *come reddito al netto e suo rapporto con le* usurae

In Paolo è riscontrabile l'applicazione di regole in materia di *fructus* che si pongono sostanzialmente su un piano di continuità con quelle della giurisprudenza classica o a lui contemporanea[135]. In particolare, egli segue la nozione sabiniana di frutto come reddito (D. 5, 3, 36, 5; D. 50, 16, 77).

In relazione alle *usurae*, ricorre in alcune testimonianze la costruzione *usurae currunt* (*l. 57 ad edictum* D. 22, 1, 35; D. 46, 2, 18)[136]. È un'immagine linguistica che fissa nel decorrere del tempo la spettanza degli interessi pecuniari. Essa evoca una valutazione particolare del loro modo d'acquisto. Difficile però dire se Paolo intenda le *usurae* 'maturate' giorno per giorno, come la moderna costruzione degli interessi pecuniari come 'frutti civili'.

La restituzione palingenetica del Lenel ha permesso, peraltro, di precisare il significato dell'affermazione, che non sarebbe quello di un «iniziare a (de)correre» dalla *litis contestatio*, ma al contrario di un «continuare a (de)correre» pur avvenuta la *litis contestatio*. In tal modo l'uso di *currere* che utilizza qui il movimento nello spazio come metafora del «movimento nel tempo» delle *usurae,* avrebbe il senso di descrivere il movimento continuo del soggetto (qui gli interessi pecuniari) in un preciso momento (quello della *litis contestatio*), in relazione ad una possibile interruzione (qui la verifica dell'effetto novativo della *litis contestatio*)[137].

[135] *20 ad ed.* D. 5, 3, 36, 5: *Fructus intelleguntur deductis impensis...* (vd. *supra* pp. 200 ss.); *20 ad ed.* D. 5, 3, 40, 1: *Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ... in bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus sit.;* sul *fructus hominis* cfr. D. 6, 1, 16 pr.; D. 6, 1, 31; D. 6, 1, 79; sul *partus ancillae* sembra seguire Servio D. 12, 6, 15 pr.; D. 50, 17, 173, 1: *cum verbum 'restituas' lege invenitur, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.*

[136] L. 696: *Lite contestata usurae currunt. Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.*

[137] Per una prudente riconsiderazione dell'ipotesi del Lenel, vd. M. Kaser, *Restituere*[2] cit., pp. 64-65; vi aderiscono C. Gioffredi, *Riflessioni su Gai. 3, 180-181*, in SDHI. 48 (1982), p. 478; J. Hallebeek, *Charging of Interest from Joinder of Issue*, in RIDA. 35 (1988), pp. 140 ss., dove altresì richiami alla letteratura più antica, che propose l'interpretazione qui seguita.

B. *Le mercedi locative sono frutti della cosa locata* D. 22,1,38,13

È possibile, invece, cogliere una precisa e diversa impostazione di Paolo in relazione alle pensioni locative. Il giurista, nel sesto libro *ad Plautium*, affronta la questione della restituzione dei frutti nell'*actio in personam* (*Videamus generali, quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant*; D. 22, 1, 38 pr.)[138]. L'ampia trattazione coinvolge via via numerose azioni personali e interdetti nei quali si pone un problema di *restituere* (§§ 1-2-3: *condictio*; § 4: *actiones Fabiana et Pauliana*; § 5: *interdicta* 'restitutori'; §6: *restitutio in integrum propter metum*; § 7: *actio ex stipulatu* soltanto *post acceptum iudicium*; § 8: *ex causa emptionis*; § 9: *in societatibus*; § 10: *in deposito et commodato;* § 11: *interdictum quod vi aut clam*). Ribadita la regola che i frutti percepiti dal marito dalle cose dotali prima del matrimonio debbano da questi essere restituiti sciolto il matrimonio (D. 22, 1, 38, 12)[139], Paolo afferma nel § successivo (L. 38, 13): *Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum*. L'inciso può intendersi limitato all'*actio rei uxoriae* o costituire una generale estensione alle ipotesi già trattate e a quelle successive. Nel primo caso, con *eadem ratio* si vuole estendere concretamente il calcolo dei *fructus ante matrimonium percepti*, che il marito dovrà restituire, anche alle pensioni locative. Nel secondo caso, saremmo di fronte ad una più ampia applicazione del regime individuato in generale per la restituzione dei frutti nelle *actiones in personam* anche alle pensioni locative. In entrambe le ipotesi interpretative, è fondamentale la diretta indicazione delle pensioni percepite dalla locazione dei *praedia urbana* in termini di *fructus*. In Paolo manca quella precisa delimitazione che abbiamo riscontrato in Ulpiano. Egli ha una concezione che ritiene soddisfatta pienamente la derivazione del reddito dalla cosa-madre, seppure attraverso la mediazione di un rapporto giuridico col quale si concede il godimento di una cosa naturalmente infrugifera.

Mi sembra significativo, infine, che in relazione al lemma sabiniano tramandato da Ulp. D. 7, 1, 9 pr. (*Si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur*), Paolo in *3 sent.* (D. 7, 1, 59, 1)[140] introduca una separa-

[138] Il lungo frammento non è peraltro esente da imperfezioni formali, tanto da meritarsi la qualifica di «nachklassischer Traktat» da parte di F. Schulz, *Geschichte* cit., p. 271. Nella sostanza, però, esso mi sembra riflettere il diritto dell'età severiana.

[139] *Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea restituuntur.*

[140] *Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones*

zione nell'unitario modo di esprimersi di Sabino (*quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur*). Essa permette di delimitare ciò che *ad fructuarium pertinet*: i frutti naturali, come espressione del primo elemento («ciò che nasce nel fondo»), e le pensioni locative come manifestazione naturale di «ciò che è percepito dal fondo» (*pensiones quoque iam antea locatorum agrorum*). Tale modo di rappresentare il reddito delle pensioni percepite dalla concessione in godimento del fondo in usufrutto, come «percepite dal fondo», pone in secondo piano la mediazione del rapporto giuridico (il contratto di locazione) per la produzione del provento, ed accentua una sua valutazione diretta come *fructus fundi*.

Paolo sembra, quindi, pur utilizzando una nozione ampia di frutto, porsi in un'ottica parzialmente differente da quella di Papiniano.

C. *Anche per Paolo l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede è il risultato dell'applicazione della regola dell'acquisto di essi come estensione della proprietà sulla cosa-madre* D. 41, 1, 48 pr.

> Paul. *libro septimo ad Plautium* D. 41, 1, 48 pr.
> *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, [longo tempore] <usu> capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.*

quoque iam antea locatorum agrorum si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere. Per quel che interessa in questa sede, è sufficiente soffermarsi sulla parte iniziale del frammento. Le discussioni relative alla seconda e le ipotesi critiche proposte (anche data l'opera da cui il frammento è escerpito; ad es. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, p. 82 n. 1; Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio*, Wien-München (1956), p. 48 e n. 1) sono minuziosamente soppesate dal Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 150-154, che propende per una loro attuale validità; vd. però la possibile spiegazione già proposta dal De Ruggiero, *Usufrutto* cit., p. 159. Vd. altresì le precisazioni del Negri, *Diritto minerario romano* cit., pp. 215-216 n. 91. In relazione al problema connesso dell'acquisto dei cd. frutti civili, mi sembra significativa la irrilevanza, al di là della paternità di questa parte, del momento costitutivo dell'obbligazione di pagare la mercede tra proprietario e conduttore, e la necessaria corrispondenza della spettanza (sempre che l'usufruttuario intenda rispettare l'impegno assunto dal *dominus* o debba, se vi è un esplicito accordo in tal senso) del provento in base al titolare del pieno godimento nel corso della locazione.

In materia di acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede ho già analizzato nei capitoli precedenti D. 22, 1, 45 (pp. 108 ss.) e D. 22, 1, 25 (pp. 233 ss.). Nel capitolo sulla compilazione giustinianea esaminerò l'altro testo fondamentale in materia (I. 2, 1, 35; pp. 380 ss.), approfondendone il rapporto con le scelte delle commissioni E e S in D. 22, 1.

Possiamo considerare oramai superate quelle interpretazioni che tendevano verso una lettura unitaria dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede[141], o verso una lettura tesa a contrapporre necessariamente il diritto classico al giustinianeo[142]. Le fonti testimoniano al contrario una discussione classica che non sembra sopita nemmeno all'età di Giustiniano[143]. In essa si colloca anche la testimonianza di Paolo (D. 41, 1, 48 pr.)[144].

Il contesto originario (opera di Plauzio) era relativo all'*actio furti*[145]. In esso si trae spunto per una precisazione relativa all'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede. La questione assume precisa rilevanza rispetto alla riconosciuta autonomia tra questo acquisto e il vizio obiettivo per l'usucapibilità della cosa rubata. Che questa fosse la prospettiva, mi sembra potersi affermare dal frammento nella sua interezza (pr.: *nec interest/ bonae fidei emptori*; § 1 *e contrario/fructus suos facit*; § 2)[146].

[141] Vd. per la discussione in materia da Donello a Jhering e Windscheid, l'approfondito riesame di C. Czyhlarz, *Glücks Erläuterung der Pandecten*, cit. 41-42, § 1732, pp. 469 ss. [= *Commentario alle Pandette* cit., XLI, pp. 414 ss., sul passo, pp. 421 ss., 490-491].

[142] Per una contrapposizione tra diritto classico e diritto giustinianeo, sebbene con soluzioni interpretative differenziate, lo stesso Czyhlarz, *op. ult. cit.*, pp. 523 ss. [= pp. 450 ss.]; A. Pernice, *Labeo* cit., B II, 1, pp. 361-362 n. 3; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, pp. 419-427; P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 482 ss.; E. Albertario, *La responsabilità del* bonae fidei possessor cit., pp. 250 ss.; S. Perozzi, *Istituzioni*[2] cit., I, pp. 696-697; L. Aru, *Sull'acquisto dei frutti* cit., pp. 210-213, 224 ss., 238 ss.; F. De Martino, *L'acquisto dei frutti* cit., pp. 461 ss.; M. Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., pp. 248-251.

[143] Vd. a riguardo il rapporto problematico tra I. 2, 1, 35 e il lavoro di E e S nei *Digesta*; *infra* pp. 382 ss.

[144] Sul passo, valorizzandone il rapporto con le altre testimonianze in materia in termini di *ius controversum*, vd. più di recente M. Kaser, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., pp. 417-418; G. Thielmann, *Produktion* cit., pp. 81 ss.; J. L. Linares Pineda, *Las doctrinas de la adquisición de frutos* cit., pp. 451 ss.; F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., pp. 90-91; in rapporto a D. 41, 1, 48, 2, J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 114-115.

[145] O. Lenel, *Palingenesia* cit., I, [*De furtis* (E. XXIII)], coll 1158-1159 [L. 1139 (D. 19, 1, 36); L. 1140 (D. 41, 1, 48); L. 1141 (D. 47, 2, 67), L. 1148 (D. 9, 4, 31)].

[146] È questa d'altronde notazione frequente, vd. ad es. B. Windscheid, *Über das Recht des redlichen Besitzers an der Früchten*, in *Zeitschr. für Civilr. und Prozeß*, 4 N. F. (1847), p. 109 [= in *Kleine Schriften*, Leipzig (1984), p. 141]; L. von Petrażycki, *Die Fruchtvertheilung* cit., pp. 102-103; di recente ad es. F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., p. 91.

Alcune contraddizioni che si sono volute leggere nel passo sono spiegabili in relazione all'opera da cui il frammento di Paolo è tratto[147]. Si ha una prima affermazione, secondo la quale l'acquirente di buona fede fa suoi «nel frattempo» (*interim*) i frutti che percepisce dalla cosa altrui. La frase *bonae fidei emptor/facit* rappresenta probabilmente il lemma di Plauzio ed esprime una regola acquisita sulla quale echeggiano discussioni antiche (*non dubie*). Paolo lo commenta da *non tantum/* i. f., per coglierne tutte le implicazioni giuridiche.

Dato il contesto originario dell'affermazione nell'opera di Plauzio entro il commento a [E. XXIII] *de furtis*, l'*interim* non qualifica la natura giuridica dell'acquisto da parte del compratore di buona fede (teoria della cd. proprietà temporanea)[148], ma evoca un lasso di tempo, in particolare quello necessario per l'acquisto della cosa frugifera altrui per usucapione. Ciò mi sembra confermato dalla successiva precisazione rispetto all'indipendenza tra acquisto dei frutti e possibilità di usucapire la cosa-madre. In sostanza si dice la stessa cosa che in Gaio D. 22, 1, 28 pr. e che Paolo stesso ribadisce in D. 41, 3, 4, 19[149]. Mentre in queste ultime testimonianze l'accento è tutto sul momento dell'acquisto dei nati degli animali (*statim*), in D. 41, 1, 48 pr. la

[147] Sui *libri ad Plautium* di Paolo vd. C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Rend. Ist. Lomb.* serie II, (1885), cito da *Opere* II, Milano (1929), pp. 19 ss.; ID., *I* libri ad Plautium *di Paolo*, in *Memorie della R. Acc. di Sc. Modena*, X (1894), cito da *Opere* cit., II, pp. 205 ss.; S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di* Paulus ad Plautium, in BIDR. 6 (1893), pp. 119 ss.; O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, col. 1147 n. 1; II, col. 13 n. 1; F. SCHULZ, *Geschichte* cit., p. 271; C. A. MASCHI, Iulius Paulus. *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, in ANRW. II. 15 (1976), p. 680.

[148] L'*interim*, secondo autorevole dottrina, evocherebbe il significato giuridico del *fructus suos facere* del possessore di buona fede, volendosi con ciò esprimere, in base all'obbligo di restituzione dei *fructus extantes*, una proprietà temporanea risolubile con la pretesa del *dominus*, proprietà temporanea che avrebbe come facoltà precipua quella di consumare i beni acquistati: B. WINDSCHEID, *Über das Recht des redlichen Besitzers* cit., p. 109 [= p. 141]: «er erwirbt einstweilen Eigentum an den Früchten, d. h. nicht für immer, sondern nur für eine Zeit lang». In Italia l'ARANGIO RUIZ, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Napoli (1921), p. 60, propose in un primo momento altra ipotesi interpretativa, condizionando l'acquisto del possessore di buona fede alla *consumptio*; a riguardo, puntuali e convincenti le critiche del BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'Istituzioni romane*, in BIDR. 34 (1925), p. 290, che nelle edizioni successive delle sue *Istituzioni* l'Arangio Ruiz raccolse.

[149] Su D. 22, 1, 28 pr. vd. *supra* pp. 249 ss. Paul. l. 54 *ad ed.* D. 41, 3, 4, 19: *Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit...*; a riguardo vd. F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 91.

prospettiva è quella del rapporto tra acquisto della proprietà dei frutti e eventuale acquisto per usucapione della cosa-madre (di qui l'*interim*).

In sostanza, si afferma che l'acquirente di buona fede non acquista i frutti col decorso dell'usucapione, ma li fa suoi immediatamente, durante il decorso dei termini per l'usucapione della cosa madre.

Non c'è dubbio che per i giustinianei l'*interim* abbia, però, un diverso significato, quello appunto dell'acquisto 'rescindibile' dei frutti, in base alla regola espressa in Diocl. C. 3, 32, 22 (su cui vd. *infra* pp. 329 ss.) e ribadita in I. 2, 1, 35 ed in alcuni passi dei *Digesta*[150].

Per Paolo che commenta il lemma di Plauzio è necessario chiarire due cose: a) quali frutti si acquistassero al possessore di buona fede; b) il momento dell'acquisto di essi. Rispetto al primo problema, infatti, Giuliano in D. 22, 1, 25, 1 aveva preferito alla regola muciana sul limite dei cd. frutti industriali (D. 22, 1, 45: *fructus... suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit*), seguita da Pomponio e a quanto pare da Plauzio stesso, l'acquisto di tutti i frutti, sebbene scaturiti dal lavoro altrui (regola del *ius corporis*). Paolo aderisce alla tesi di Giuliano, criticando apertamente la regola più antica (*non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*). La *ratio* riposa, così come già in Giuliano (D. 22, 1, 25, 1: *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*) sul riconoscimento al possessore di buona fede, riguardo all'acquisto dei frutti, di una situazione giuridica accostabile a quella del proprietario (*quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est*)[151].

In relazione al momento dell'acquisto, proprio la riconosciuta estensione al possessore di buona fede del regime proprietario per quanto riguarda i frutti, comporta il superamento della regola muciana della *perceptio* (D. 22, 1, 45: *Fructus percipiendo... suos facit*) seguita da Plauzio (D. 41, 1, 48 pr.: *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus... suos facit*), e la coerente conclusione che egli acquista i frutti con la separazione[152]. Anche in questo

[150] È questa coerenza che fa di solito ritenere interpolato l'*interim* in D. 41, 1, 48 pr., anche in lavori non necessariamente orientati criticamente: HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9] cit., p. 281; L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 239; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti* cit., p. 463 n. 25; M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 418 n. 54; G. THIELMANN, *Produktion* cit., p. 76 n. 3.

[151] M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 417-418; G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 81 ss.; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 91.

[152] Qui, a voler interpretare tecnicamente il *percipiendo* iniziale (*contra* F. DE MARTINO,

caso Paolo segue Giuliano (D. 22, 1, 25, 1), adesione che altrove il giurista severiano esplicita (D. 7, 4, 13 i. f.)[153].

Nella parte finale, coerentemente con quanto aveva detto Plauzio, si separa la regola giuridica per l'acquisto dei frutti dall'eventuale acquisto per usucapione della cosa madre, precisando che i vizi oggettivi che colpiscono quest'ultima[154], non impediscono appunto l'acquisto dei frutti. La questione ritorna nel par. successivo (D. 41, 1, 48, 1), dove si precisa che chi in buona fede *non potest <usu> capere propter rei vitium, fructus suos facit* ed in quello finale del frammento (L. 48, 2), in relazione ai *fetus ovium*, acquistati dall'acquirente di buona fede anche se nati da *oves furtivae*[155].

Come vedremo nel capitolo sulla compilazione giustinianea, il rapporto tra D. 41, 1, 48 e I. 2, 1, 35 (*pro cultura et cura*) non si scioglie su un piano di semplice identità, ma sembra suscettibile di *duplex interpretatio*.

4. *Marciano segue la nozione estesa di frutto elaborata da Paolo* D. 20,1,11,1

> Marcian. *I. sing. ad formulam hypotecariam* D. 20, 1, 11, 1
> *Si* ἀντίχρησις *facta sit et in fundum autem in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem solet in factum actione uti.*

Si tratta di un *pactum antichreticum* relativo al solo debito degli interessi, in quanto la somma capitale va comunque restituita (*pecunia solvatur*)[156]. Il creditore viene immesso nell'immobile, del quale trattiene il possesso «in luogo di pegno», fino all'estinzione del debito sulla *sors*. Per tutto questo periodo fa propri i frutti dell'immobile in luogo degli interessi dovuti sulla somma prestata. La concessione di un'azione *in factum* modellata su quella *Serviana* è coerente con la mancata costituzione di un pegno sull'immobile, sì da giustificare la qualifica del suo possesso *pignoris loco*[157].

All'interno di questo lavoro è importante la determinazione dei frutti che si percepiscono al posto delle *usurae*. Due sono le ipotesi ricordate da Marciano, la seconda delle quali contiene un accostamento significativo. La prima, concretizza la percezione dei frutti da parte del creditore dall'immobile del debitore in termini di concessione a terzi del godimento verso mercede locativa (*fructus percipiat aut locando*). Marciano segue qui la nozione di Paolo che vede nelle mercedi i frutti degli immobili.

La seconda ipotesi fa riferimento al creditore che decida lui stesso di godere dell'immobile. In questo caso, se si tratta di un fondo agricolo (*fundus*) egli percepisce i frutti naturali dello stesso (*fructus percipiat... aut ipse percipiendo*); qualora si tratti invece di immobili urbani (*aedes*), il frutto si concretizzerebbe nell'utilità soggettiva di abitarvi (*fructus percipiat ... habitandoque*). È significativa la corrispondenza col *fructus habitationis* di Ulpiano in D. 2, 15, 8, 25[158].

La possibilità di riconoscere nel solo abitarvi la percezione dei frutti dalle *aedes* e non una loro semplice utilizzazione (vd. per una *habitatio*-anticresi anche C. 4, 26, 6; C. 4, 32, 14)[159] recupera quella nozione ampia di frutto che Ulpiano attinge in Labeone e che è ridimensionata dalla scuola sabiniana.

L'acquisto dei frutti cit., p. 472), si coglie con più nettezza la diversa posizione di Plauzio rispetto a Paolo. Riconosce questa possibilità già l'Aru, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 212, sebbene questo A. scarti poi l'ipotesi di «uno sviluppo giurisprudenziale» in base all'uso, altrimenti scorretto, del *denique* paolino. Esso, però, non esprime un nesso di consequenzialità rispetto al *percipiendo*, come vorrebbe l'Aru, ma mi sembra collegato al *loco domini paene est*.

[153] Paul. *3 ad Sab.* (D. 7, 4, 13 i. f.): *sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit* (scil. Labeone o Sabino), *ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sunt.*

[154] Sull'alienazione *contra legem*, vd. S. Perozzi, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 664 n. 1; J. M. J. Chorus, *Illegal Alienations in Classical Roman Law*, in *New Perspectives... Essays Nicholas* cit., pp. 91-92 e n. 16.

[155] *Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnantes venierint vel subreptae sint...* Da collegare con altro frammento di Paolo *54 ad ed.* D. 41, 3, 4, 19 (supra n. 67). Sul punto vd. ora J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 114-115.

[156] A. Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen* cit., I, pp. 48 sg.; 56; Id., *Pignus*, in PWRE. XX, 1, (1941) coll. 1276-1277; M. Kaser, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* cit., pp. 85-87; H. Kupiszewski, *Antichrese und Nutzpfand in den Papyri*, in *Festg. Kaser* (1986), p. 134.

[157] Esattamente A. Manigk, *Pignus* cit., col. 1277; M. Kaser, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* cit., p. 86; A. Löffelmann, *Pfandrecht* cit., pp. 188-189. La genuinità del richiamo all'*actio in factum*, oltre che avvalorato dalle ragioni sostanziali riportate nel testo, non è più discutibile in quanto tale; vd. J. Kranjc, *Die* actio praescriptis verbis *als Formelaufbauproblem*, in ZSS. 106 (1989) R. A., p. 460.

[158] *Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta et ita sit transactum sine praetore, ut habitatio praestetur, valet transactio, quia fructus habitationis praestatur...*

[159] Sulla prassi di un'anticresi avente ad oggetto l'*habitatio* vd. R. Taubenschlag, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the papyri*, Warszawa (1955[2]), pp. 286 ss.

5. *Conclusioni: la giurisprudenza dell'età dei Severi e le diverse nozioni di frutto da essa tramandate: la distinzione papinianea tra frutti naturali e frutti giuridici, e il suo parziale accoglimento in Paolo, che tenta di costruirvi una nozione unitaria, e Marciano; la distinzione di Ulpiano tra frutti propriamente detti e cose che fanno le veci dei frutti rispetto al diritto, che trova accoglimento nel suo allievo Modestino. Importanza della concezione di Ulpiano nella Compilazione di Giustiniano (rinvio)*

La giurisprudenza dell'età dei Severi discute ancora con vitalità in rapporto alla nozione di *fructus*. La riflessione da essa tramandata non si lascia etichettare come mera attività di raccolta e sistemazione del pensiero giuridico dei secoli precedenti.

Il pensiero di Papiniano esprime autonomia di costruzione e complessità. Egli è teso a cogliere le particolarità di *fructus, partus, mercedes* e *usurae* rispetto alle tematiche dell'acquisto di essi o della restituzione del bene a cui si collegano. Nell'àmbito delle regole che disciplinano la restituzione dei frutti nelle azioni reali, individua nella contrapposizione *natura - ius* i fondamenti distinti del «rapporto di derivazione» del reddito che l'uomo trae dalla cosa in termini di *fructus* (D. 6, 1, 62 pr.). È questa una via che ha in sé una grande potenzialità dogmatica: se vogliamo è il seme della distinzione moderna tra frutti naturali e civili. Essa, però, non trova pieno sviluppo nella giurisprudenza successiva ed è intenzionalmente rifiutata dai giustinianei, come conferma la redazione di D. 22, 1 (per il quale preferiscono l'ipotesi ricostruttiva di Ulpiano) e di D. 50, 16, in base a L. 77 e L. 121 (su cui *infra* pp. 372 ss.).

Ulpiano tiene distinti concettualmente frutti naturali, mercedi locative, *partus ancillae*, *fetus pecudum*, *usurae* e *operae servorum* anche in altre testimonianze[160]. Questo sforzo interpretativo che ho cercato di cogliere nei paragrafi precedenti entro i grandi commentari del giurista, se da un lato mantiene una sua propria individualità entro le rubriche edittali o il lemma sabiniano commentati, d'altro lato mi sembra che evidenzi momenti importanti di coerenza. Ciò pone Ulpiano all'interno di un tentativo ricostruttivo dogmatico che si realizza con la sinergia del recupero delle concezioni di altri giuristi precedenti e di un apporto ricostruttivo originale[161].

Interessante notare come un'eco delle sue costruzioni dogmatiche si rinvenga in giuristi di poco successivi, dimostrando come esse abbiano avuto una fase di accoglimento. È il caso della distinzione tra frutti e cose che fanno le veci dei frutti rispetto al diritto, elaborata da Ulpiano per le *usurae* ma estesa comunque ad ogni tipo di *obventio* (D. 22, 1, 34). Modestino, infatti, nel l. 10 dei suoi *responsa* (D. 32, 83 pr.) opera con la distinzione tra *fructus* e *quae fructuum vice sunt*[162]. Il dato mi sembra da sottolineare, perché coglie nella sua concretezza le residue possibilità espansive di costruzioni dogmatiche in materia anche all'interno della stessa giurisprudenza severiana, al di là della fortuna di esse nel diritto post-classico ed infine nella codificazione giustinianea.

Lo sforzo ricostruttivo compiuto da Ulpiano è importante altresì per il ruolo strategico che viene ad avere per la scienza giuridica giustinianea. Esso mantiene momenti di coerenza pur all'interno dei diversi istituti interessati (usufrutto, restituzione processuale, restituzione della dote) e si concretizza nella fissazione di una nozione circoscritta di *fructus* alla quale si affiancano le cose *quae vicem fructuum optinent*. Si tratta quindi di una delimitazione concettuale, che non impedisce il riconoscimento di un comune regime giuridico.

Paolo, che prende posizione nel *ius controversum* in materia di acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede (D. 41. 1. 48 pr.), seguendo Giuliano (D. 22, 1, 25, 1), sembrerebbe riconoscere un'espansione della nozione giuridica di frutto anche alle mercedi che si percepiscono da una

[160] Ulp. *10 ad ed.* D. 3, 5, 3, 6:... *sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi*; Ulp. *11 ad ed.* D. 4, 2, 12 pr. *Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit*; Ulp. *30 ad ed.* D. 16, 3, 1, 24 : *Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat*; Ulp. *75 ad ed.* D. 44, 2, 7, 3: *De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatique sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam.*

[161] Pesante al contrario il giudizio espresso sul pensiero del giurista in materia da parte del PETRAŻYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., p. 237, che parla di «compromesso linguistico» di Ulpiano, realizzato in termini di *pro fructibus, vicem fructuum* e *loco fructuum*. In questo modo, secondo il REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 228, Ulpiano farebbe in modo che «gedachte Erträge»... «teilen nicht deren [sc. der Früchte] Namen, aber deren Schicksal».

[162] *10 resp.* : *Quod his verbis relictum est: 'quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit, cum morieris, restituas', fructus, quos heres vivus percepit, item quae fructuum vice sunt non venire placuisse...* Sul passo, con richiami alla precedente letteratura, G. COPPOLA, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommesso* de residuo, in *Studi Campagna* (1982), I, pp. 205-206; A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso* de residuo *en derecho romano*, Valladolid (1989), p. 123 e 127.

cosa infrugifera attraverso la locazione (D. 22, 1, 38, 13; D. 7, 1, 59, 1). Egli sviluppa quindi elementi del pensiero papinianeo in materia, sebbene vi apporti elementi di originalità. La sua linea interpretativa è seguita da Marciano, che conserva peraltro anche la nozione di frutto come utilità di esercizio di un diritto (D. 20, 1, 11, 1).

Ciò è a mio avviso importante per cogliere in pieno la complessità del successivo sviluppo del pensiero giuridico in materia, in età postclassica, sia la difficoltà e nello stesso tempo il valore del lavoro compiuto dalle scuole d'oriente nella ripenetrazione del pensiero classico, lavoro che troverà espressione nella codificazione giustinianea e nelle scelte dei commissari.

CAPITOLO VIII

IN ETÀ POSTCLASSICA EMERGONO ALCUNE TENDENZE NELLA PRATICA DIRETTE AD ESTENDERE LA NOZIONE DI FRUTTO AD OGNI REDDITO LUCRATO DALLA COSA, SOLO PARZIALMENTE ACCOLTE DALLA LEGISLAZIONE E RIFIUTATE DALLA SCUOLA

SOMMARIO: 1. Un autorevole giudizio e sua necessaria verifica. 2. Nell'età epiclassica si fanno evidenti momenti di svilimento dei requisiti della categoria classica di *fructus* nella prassi provinciale, che trovano eccezionalmente riconoscimento anche nella legislazione imperiale. I requisiti classici della categoria sono invece sostanzialmente conservati nella scuola: A. Legislazione predioclezianea: parziale accoglimento di una nozione non rigorosa di frutto, comprensiva di ogni tipo di reddito, in due rescritti di Gordiano e di Caro, Carino e Numeriano. B. Legislazione dioclezianea: la nozione di frutto in C.7,51,1 come reddito netto, risultato di un'operazione contabile e intervento dei giustinianei coerente alla nozione di *nomen fructuum* C. Legislazione dioclezianea: la nuova regola in materia di restituzione dei frutti percepiti *ante litem contestatam* nella rivendica *extraordinaria* e suo rapporto con la *praescriptio longi temporis* C.3,32,22; D. La legislazione costantiniana applica una nozione ampia di frutto, non riflettendo una considerazione adeguata dei requisiti necessari della categoria; E. La nozione di *fructus* nelle *Pauli Sententiae* non si allontana nella sostanza dalla tradizione classica, pur evidenziando una rilettura delle regole in materia di acquisto dei frutti e della loro restituzione coerentemente ad alcune riforme di età postclassica; F. Ermogeniano qualifica le mercedi locative come *quaestus* e non come frutti D.5,3,52; G. La tradizione epiclassica di altre opere dei giuristi classici; H. Nella prassi giuridica è assente il rigore concettuale della giurisprudenza, e si ricorre ad una nozione estesa di frutto come ogni tipo di reddito ricavabile da una cosa; I. L'età epiclassica preannuncia le tendenze di fondo di quella postclassica. 3. La nozione di *fructus* nel IV-V sec. d.C. non è come tale coinvolta, ma si evidenziano riforme importanti nella legislazione imperiale rispetto alla restituzione dei frutti processuali e sforzi sistematici diretti ad unificare la disciplina dei diversi redditi ricavabili dalle cose: A. I *dupli fructus* e la riforma di Valentiniano e Valente del 369 d.C. C.Th. 4,18,1; B. Le *usurae in duplicium centesimarum* e l'analogia coi *dupli fructus* C.Th.4,19,1; C. Osservazioni di natura sistematica sul *Codex Theodosianus* CTh. 4,18; 4,19; D. I *reditus fundorum iuris rei publicae* in due costituzioni del 370-371 e del 375 d.C.; E. Tendenze classiciste in una costituzione di Leone I C. 1,2,14,4; F. La nozione unitaria di «redditi» in una costituzione di Zenone C. 6,49,6; G. Giurisprudenza tardo-occidentale. 4.La grande importanza pratica di unificare in una trattazione unitaria le regole giuridiche relative alle *usurae* e ai *fructus* e il contributo di natura sistematica degli anonimi giuristi dell'età postclassica che presiedono alla compilazione dei *corpora* normativi.

1. *Un autorevole giudizio e sua necessaria verifica*

«Il tardo antico non si è inoltrato in una valutazione teorica di questi concetti». Queste parole sono state autorevolmente pronunciate anche in

rapporto alla nozione giuridica di «frutto»[1]. In questo capitolo voglio verificarne non semplicemente l'esattezza, ma soprattutto le ragioni storiche e la complessa trama di linee presenti nell'età postclassica.

2. *Nell'età epiclassica si fanno evidenti momenti di svilimento dei requisiti della categoria classica di* fructus *nella prassi provinciale, che trovano eccezionalmente riconoscimento anche nella legislazione imperiale. I requisiti classici della categoria sono invece sostanzialmente conservati nella scuola*

A. *Legislazione predioclezianea: parziale accoglimento di una nozione non rigorosa di frutto, comprensiva di ogni tipo di reddito, in due rescritti di Gordiano e di Caro, Carino e Numeriano*

Non si rinviene nelle costituzioni dei Severi alcun allontanamento dalle regole giuridiche e dalla stessa terminologia presente nelle opere dei giuristi contemporanei[2]. La riaffermazione del diritto classico in questi rescritti è indizio di dubbi nella prassi della prima metà del III sec. d. C. che la cancelleria *a libellis* vuole eliminare.

A questo riguardo assumono un certo significato due rescritti dell'età predioclezianea che sembrano ricorrere ad una nozione ampia di frutto.

[1] M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München (1975), II, p. 246.

[2] In materia di *petitio hereditatis*: *... fructibus enim augetur hereditas...* C. 3, 31, 2 Impp. Severus et Antoninus AA. Marcello militi [a. 200]; per gli acquisti dello schiavo oggetto di *rei vindicatio* contro il *mala fide possidens*: *... non tantum ipsum, sed etiam operas eius, nec non ancillarum partum et animalium fetus reddere cogitur...* C. 3, 32, 1, 1 Impp. Severus et Antoninus AA. Ceciliae [a. 210]; in materia di cd. quasi usufrutto si ribadisce, anche contro la volontà del testatore, la necessità della *cautio ex SC.*: *Si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerat exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam senatus consulti cautione*; C. 3, 33, 1 Impp. Severus et Antoninus AA. Posidonio [a. 199]. Vd. altresì, nella rivendica *extraordinaria* in provincia, la restituzione naturale delle pensioni locative *perceptae et percipiendae post litem contestatam*, nel rescritto di Gordiano: C. 3, 32, 5 pr. Idem [Imp. Gordianus] A. Herasiano: *Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percipit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubebit...* [a. 239]; vd. M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 197; Id. -K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2] cit., p. 496 n. 12.

C. 6, 47, 4 Imp. Gordianus A. Dionysio
In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur.
PP. non. Sept. Gordiano A. et Aviola conss. [a. 239 d. C.]

La regola, che si può dire maturata dall'età degli Antonini, è quella dell'obbligo di restituire frutti e interessi pecuniari in caso di mora da parte dell'erede nell'adempimento di legati. Qui la si ribadisce in caso di legato e fedecommesso ad effetti reali o obbligatori (*actio in rem* o *in personam)* per il periodo successivo alla *litis contestatio*, eliminando dubbi sul possibile debito dei frutti *ex die mortis,* quindi *ante litem contestatam*.

Dal punto di vista della tematica qui affrontata, il fatto che si parli esclusivamente di *fructus* all'interno della questione delle *usurae et fructus legatorum et fideicommissorum* depone per una nozione estesa di frutto, che contenga sia i frutti naturali che le pensioni locative e gli interessi pecuniari. La cancelleria imperiale, cioè, considera l'espressione da sola sufficiente ad includere anche i frutti civili. Ciò, probabilmente, non in base ad una precisa concezione dogmatica, quanto per modalità d'uso della parola invalse nella prassi dei destinatari del rescritto.

C. 6, 49, 3 Imppp. Carus Carinus et Numerianus AAA. Zotico
Si per fideicommissum hereditas rei publicae relicta est, ex Trebelliano senatus consulto, quod ab intestato quoque locum habet, quartae partis et fructus eius vobis restitutio competit. Sine die et consule. [a. 283 d. C.]

Nel rescritto si afferma la spettanza della quota legittima agli eredi, onerati da un fedecommesso universale disposto, con codicillo *sine testamento*[3], a favore della *res publica*. Secondo Caro, Carino e Numeriano gli eredi legittimi hanno comunque diritto alla *quarta Pegasiana*[4].

[3] Sull'efficacia dei codicilli, *sine testamento,* che dispongono fedecommessi, vd. Paul. *l. s. de iure cod.* D. 29, 7, 8 pr. : *conficiuntur codicilli... per fideicommissum... sine testamento*; Iul. *39 dig.* D. 29, 7, 3 pr. : *si quis cum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit «quisque mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei committo», fideicommissa praestari debent...*; su questa categoria di codicilli e sui problemi che tali passi sollevano, vd. A. Metro, *Studi sui codicilli*, I, Milano (1979), pp. 63 ss. e pp. 92 ss., che tende a considerare sostanzialmente genuina anche la prima testimonianza, a fronte dei dubbi sollevati da A. Guarino, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in ZSS. 62 (1942) R. A., pp. 220 ss., in relazione alla famosa classificazione di Paolo.

[4] Il titolo *Ad SC Trebellianum* (C. 6, 49) si considera dovuto ai compilatori giustinianei e

L'inciso di rilievo è il *quartae partis et fructus eius vobis restitutio competit.* Si è visto come Papiniano (D. 36, 1, 60 [58], 5; *supra* pp. 279 ss.), rispetto ad un fedecommesso di *hereditatem exceptis reditibus restituere* sottoposto al termine della morte dell'onerato, verificasse la tenuta della disposizione in rapporto ai frutti naturali, alle mercedi locative e agli interessi pecuniari. In C. 6, 49, 3 la genericità dell'inciso, quindi, potrebbe non essere dovuta soltanto alle vicende di tradizione del rescritto fino ai giustinianei (di cui è sicuramente un segnale l'assenza della *subscriptio* e la soppressione del richiamo al SC. Pegasiano), ma essere fondata forse in una nozione estesa di frutto, comprendente anche i redditi percepiti *ex negotiatione* dalla quarta parte dell'eredità, coerente ad una prassi, quella dei destinatari del rescritto, che gli anonimi giuristi dell'ufficio *a libellis* della cancelleria imperiale evocano. Con *fructus* della *pars quarta hereditatis,* in sostanza, i secondi considerano soddisfatta l'indicazione di tutte le utilità derivanti dalle cose incluse nella quota legittima, convinti in una coerente lettura della regola anche nei destinatari.

B. *Legislazione dioclezianea: la nozione di frutto in C. 7, 51, 1 come reddito netto, risultato di un'operazione contabile e il possibile intervento dei giustinianei coerente alla nozione di* nomen fructuum

All'età di Diocleziano appartengono due importanti rescritti del 294 d. C.

C. 7, 51, 1 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Actae
Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest.
III non. April CC. conss. [a. 294]

Il rescritto apre il titolo del *Codex repetitae praelectionis* "*De fructibus et litis expensis*" (C. 7, 51). Quest'ultimo è costruito, salvo appunto questo rescritto, con le costituzioni del medesimo titolo del CTh. 4, 18 (CTh. 4, 18, 1 = C. 7, 51, 2 su cui *infra* pp. 357 ss.; CTh. 4, 18, 2 = C. 7, 51, 3), a cui si aggiungono una *Nov. Marc.* 1, 1, 7 = C. 7, 51, 4 e due costituzioni di Zenone C. 7, 51, 5 e Anastasio C. 7, 51, 6.

In base all'ipotesi del Rotondi, data l'abbreviata *subscriptio* «*CC. conss.* » caratteristica dei rescritti del 294 d. C. , è plausibile pensare alla derivazione del rescritto dioclezianeo tramandato in C. 7, 51, 1 dal *Codex Hermogenianus* (CH.)[5]. Il contesto dal quale esso è stato escerpito, al contrario, non è accertabile[6].

Qualche dubbio rimane in relazione al tenore originario del rescritto[7]. Per come ci è tramandato, esso sembra escerpito da un testo più ampio, che i compilatori, data la questione ivi trattata, non riproducono per intero perché questione appunto estranea alla tematica del titolo.

Se ne deve negare anche l'affidabilità per quanto riguarda il tenore originario del testo dioclezianeo?

Si tratta, infatti, di una cosciente affermazione del concetto di «frutto» in termini di «reddito netto» tratto dalla cosa. In questo senso, si supera la stessa concezione sabiniana, la quale, pur all'interno della nuova nozione di «reddito» al netto, manteneva uno stretto legame con i frutti percepiti. Il calcolo contabile determinava, infatti, l'individuazione dei frutti residui, i quali ultimi esclusivamente venivano fatti oggetto di restituzione (vd. D.

non ereditato da precedenti Codici pregiustinianei (G. SCHERILLO, *Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*, in *Studi Ratti*, pp. 290-291). Sul rescritto vd. A. WATSON, *Private Law in the Rescripts of* Carus, Carinus *and* Numerianus, in T. 41 (1973), pp. 28-29. Sulla mancata qualifica della quota legittima in termini di *quarta Pegasiana* può avere pesato la riforma giustinianea in materia (I. 2, 23, 7); sul punto P. VOCI, *Fedecommesso (diritto romano)*, in ED. XVII (1968), p. 107; A. WATSON, *op. ult. cit.*, ed ora L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria* cit., p. 33.

[5] G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustinianeo*, in BIDR. 26 (1913), pp. 175 ss.; BIDR. 29 (1916), pp. 104 ss., in particolare (sviluppando lo spunto del JÖRS, *Codex Hermogenianus*, in PWRE. IV.1 (1900), coll. 164 ss.) in BIDR. 26 (1913) pp. 184-185. Vd. ora A. CENDERELLI, *Ricerche sul* codex Hermogenianus, Milano (1965), p. 26; 54; 189 ss.; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, Berlin (1987), pp. 137 ss.

[6] Ciò proprio in relazione all'impossibilità di sapere se vi fosse un titolo corrispondente ("*De fructibus et litis expensis*") a quello dei CTh. e C. nel *Codex Gregorianus* (CG.), al quale il CH. si sarebbe attenuto. Non ritengo casuale che proprio lo SCHERILLO, *Teodosiano* cit., pp. 247 ss., che più di altri ha approfondito la questione delle Rubriche del C. rispetto al CTh., per una possibile ricostruzione dei titoli del CG. e del CH., non includa C. 7, 51 nell'ipotesi ricostruttiva dei titoli a proposito della *res iudicata* (p. 267). Dopo un approfondito riesame dei titoli nell'ordine presente nel C. in rapporto a CH., il CENDERELLI, *Ricerche* cit., pp. 110 ss. (sul l. VII) ipotizza, seguendo lo Scherillo, «un unico titolo *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*» nel quale fosse raggruppato «il materiale relativo alla pronunzia delle sentenze ed ai problemi connessi... Il titolo assorbiva le costituzioni sparse in CJ. 7, 43; CJ. 7, 48; CJ. 7, 50 e in CJ. 7, 51 (derivato dal Teodosiano CTh. 4, 16». L'ipotesi palingenetica, convincente sul piano della ricostruzione del titolo, non mi sembra sicura riguardo proprio all'ascrivibilità del rescritto ora in C. 7, 51, 1 in tale titolo. Preferibile la maggior prudenza dello Scherillo.

[7] Sul complesso problema vd. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, ora in *Scritti giuridici* VI, pp. 3 ss.

24,3, 7 pr. *supra* pp. 198 ss). Nel rescritto del 294, invece, l'angolatura materialistica è chiaramente slegata dal calcolo contabile (*hoc... continetur, quod... superest*), il quale ultimo fonda l'ascrivibilità delle cose prodotte in quello che oramai è un concetto giuridico completamente indipendente dalle cose corporali che vi si ascrivono (*nomen fructuum*). Si è quindi interamente sviluppata la nozione sabiniana, in particolare quella di Giuliano in D. 10, 2, 51 pr.

L'uso di *nomen* è molto significativo ed esprime una esplicita attrazione anche dei *fructus* nei *nomina iuris*[8]. Essa è peraltro unica rispetto ai frutti nell'àmbito delle testimonianze provenienti dal diritto classico, nel quale, oltre ad altre modalità d'uso più comuni, la costruzione *nomen fructuum* ha sempre il significato di «a titolo di... », per fondare una pretesa giuridica ai frutti[9]. Un uso analogo a quello di C. 7, 51, 1, invece, come vedremo anche nel prossimo capitolo, è presente in una costituzione di Giustiniano (C. 5, 13, 1, 9B 530 d. C. : *omnia quae fructuum nomine continentur*.

Ciò rende possibile la correzione del testo originario di Diocleziano. Questo però non significa una falsificazione totale del rescritto, ma più semplicemente un suo adeguamento alla nozione giustinianea di *nomen fructuum*. Il che se da un lato impone di considerare la particolare locuzione, non esclude, coerentemente al diritto classico, la riaffermazione diocleziana della nozione di frutto come reddito al netto in base ad un calcolo contabile. Certamente, se ammettiamo la genuinità della nozione di «frutto» tramandata nel rescritto, ciò implica la necessità di superare un pregiudizio: quello di giudicare i giuristi funzionari di questo periodo come garanti del diritto classico, ma non certo suoi creativi continuatori. È peraltro già stato notato, rispetto ad alcuni settori del diritto privato, come l'ufficio *a libellis* dioclezianeo abbia realizzato riforme importanti che si situano in un contesto armonioso

[8] Vd. ad es. *nomen contractus* in Ulp. *4 ad ed.* D. 2, 14, 7, 1; e la esplicita qualifica della *hereditas* come *nomen iuris* in Pomp. *3 ad Q. Mucium* D. 50, 16, 119; Ulp. l. 49 *ad Sab.* D. 50, 16, 178, 1; sul *nomen iuris* vd. ora M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano* cit., pp. 210-211.

[9] Vd. a riguardo Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9] cit., s. h. v. Rispetto alla problematica dei frutti, cfr. Paul. *21 ad ed.* D. 6, 1, 27, 1:... *probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur*; *3 ad ed.* D. 7, 8, 15 pr. : *Fundi usu legato licebit usuario et ex penu quod in annuum duumtaxat sufficiat capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset*; Ulp. *1 ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 23, 9: ... *sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debebit: sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet*; Ulp. *17 ad ed.* D. 8, 5, 4, 2 *supra* pp. 170 ss.

col diritto classico sulle quali intervengono[10]. Si tratta quindi di giuristi funzionari che padroneggiano ancora il diritto romano classico, in grado forse di maturare riflessioni dogmatiche nuove sebbene strettamente ancorate al sapere giuridico classico. Riflessioni che, mantenendo un dialogo col diritto della grande giurisprudenza classica, si nascondono nell'anonimato indotto dalla forza accentratrice dell'imperatore come principale fonte di produzione del diritto. Non bisogna dimenticare, per altro, come rispetto alla nozione giuridica di frutto, la stessa giurisprudenza dell'età dei Severi dimostri ancora una forte vitalità.

C. *Legislazione dioclezianea : la nuova regola in materia di restituzione dei frutti percepiti* ante litem contestatam *nella rivendica* extraordinaria *e il suo rapporto con la* praescriptio longi temporis C 3,32,22

> C. 3, 32, 22 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diodoto
> *Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.*
> D. III k. Nov. CC. conss. [a. 294]

La critica interpolazionistica ipotizza l'intervento giustinianeo nella seconda parte del rescritto in base ad una presunta contraddizione con C. Th. 4, 18, 1[11]. Ciò pone problemi in rapporto ad altri due rescritti di Diocleziano: C. 3, 32, 17 (a. 293)[12] e C. 4, 9, 3 (a. 294)[13].

[10] «Doch werden diese privatrechtlichen Reformen... im ganzen noch harmonisch in die Begriffswelt des klassischen Rechts und sein System eingeordnet»; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* cit., II, p. 19. La constatazione del Maestro tedesco, secondo il quale tale spirito innovatore, coerente con la tradizione classica, sarebbe da individuare soprattutto nella «Reskriptpraxis» di Diocleziano in materia di diritto delle persone, di famiglia ed creditario, è condizionata dai risultati degli studi dell'Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano (1960), pp. 109 ss. su queste tematiche.

[11] Vd. ad es. C. Ferrini, *Manuale di Pandette*[3] cit., p. 373 e p. 374 n. 3 (continua); E. Albertario, *La responsabilità del* bonae fidei possessor cit., in BIDR. 26 (1913), pp. 256-258; V. Scialoja, *Teoria della proprietà* cit., II, pp. 105-106; G. Longo, *L'*hereditatis petitio cit., p. 202 n. 2; in un primo momento M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 13 e 197. Per Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9] cit. p. 199 s. v. *extare*, l'interpolazione sarebbe indicata dalla contraddizione tra C. 3, 32, 22 e C. 4, 9, 3. Sul rapporto tra i due rescritti, vd. però quanto dico nel testo.

[12] Idem (Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Sabino. *Si fundum vestrum, vobis per denuntiationem admonentibus volentem ad emptionem accedere, quod distrahentis non fuerit, non recte is contra quem preces funditis comparavit vel alio modo mala fide contraxit, tam fundum vestrum constitutum probantibus quam fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum, aditus praeses provinciae restitui iubebit.* D. XII k. Dec. Sirmi AA. conss. (a. 293).

[13] Idem (Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Galatiae. *Mala fide possidens de proprietate*

Il rescritto tramandato in C. 3, 32, 22, nella prima parte, enfatizza la certezza della regola giuridica in materia di restituzione dei frutti percepiti dal possessore di mala fede *ante litem contestatam*[14].

Già questa affermazione, cioè che i possessori di mala fede *omnes fructus solere cum ipsa re praestare,* solleva dubbi interpretativi. Si fa qui riferimento alla rivendica con *formula petitoria* o alla rivendica della *cognitio extraordinaria*?

Nel primo caso, infatti, il *fructus solere cum ipsa re praestare* non sarebbe coerente con la rivendica formulare, dato che nel *restituere* della *formula petitoria* si comprendono normalmente soltanto i frutti processuali. La possibilità che l'attore, con la stessa rivendica della cosa madre, rivendichi anche i frutti percepiti *ante litem contestatam*, sarebbe condizionata dall'indicazione nell'*intentio* anche dei frutti come oggetto di rivendica[15]. Il *solere* potrebbe essere, però, indicativo di una certa tendenza in questo senso nella prassi.

L'*extantes* successivo rispetto ai possessori di buona fede, poi, impone di dare all'*omnes fructus solere cum ipsa re praestare* un significato nel quale non si faccia distinzione di azioni all'interno della pretesa dell'attore. In età classica, invece, nell'àmbito del processo formulare, il diritto del proprietario della cosa madre a riavere i frutti percepiti dal possessore di mala fede *ante litem contestatam* trovava realizzazione attraverso azioni diverse: *vindicatio* (*fructus extantes*) e *condictio* (*fructus consumpti*). Manca cioè, nel processo formulare, una unitaria forma di tutela corrispondente alla regola sostanziale.

Data la necessaria esistenza della cosa per esercitare la rivendica (Gai. II, 79) e dati i limiti fissati per il *iudex privatus* dall'*intentio* della *formula petitoria* (questo sia si fosse agito con una autonoma *vindicatio fructuum*, sia si fosse indicato nella *intentio* della *formula* della *vindicatio* della cosa madre anche i suoi *fructus*), i quali avrebbero imposto di contenere nel *iussum de restituendo* soltanto cose ancora esistenti al momento della *litis contestatio,* per le

victus extantibus fructibus vindicatione, consumptis vero condictione conventus horum restitutioni parere compellitur. S. VI id. Febr. CC. conss. (a. 294).

[14] Vd. altresì il rescritto di Antonino Caracalla del 212 d. C. giunto a noi attraverso l'epitome visigotica del CG. 3, 1: Imp. Antoninus A. Pontio Ingenuo. *Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit.* PP. XII kal. Iul. Romae duobus aspris conss.

[15] M. Marrone, *Rivendicazione* cit., pp. 21-22 e n. 119, p. 28 e n. 163; M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2] cit., p. 297 e nn. 12-13.

cose consumate prima della lite o comunque prima della *litis contestatio* non rimaneva che ricorrere alla *condictio*.

Pienamente coerente con la regola emersa nell'àmbito del processo formulare rispetto ai possessori di mala fede, mi sembra il rescritto dioclezianeo di C. 4, 9, 3, nel quale si ipotizza, successivamente alla *rei vindicatio* sulla cosa madre (*de proprietate victus*), la possibilità di esperire autonoma *vindicatio* per i *fructus extantes* e *condictio* per quelli *consumpti*. Al contrario è stata autorevolmente sostenuta la congruenza anche di questo rescritto con la *cognitio extra ordinem,* in base al richiamo alla condanna *in ipsam rem*[16], evocata dall'«*horum restitutioni parere compellitur*». A mio avviso la lettura non è sicura. Il possessore di mala fede soccombente nella rivendica relativa alla cosa-madre, convenuto con *vindicatio* per i frutti ancora esistenti nel suo patrimonio e con *condictio* per quelli consumati, «è costretto ad obbedire alla restituzione dei frutti». La frase unifica in una prospettiva per così dire sostanziale la pretesa, processualmente diversificata (*vindicatio* e *condictio*), ai frutti percepiti dal possessore di mala fede dalla cosa madre una volta soccombente nella rivendica.

Al contrario di C. 4, 9, 3, l'affermazione di C. 3, 32, 22 (*omnes fructus solere cum ipsa re praestare*) sembra evocare una diversa attuazione della stessa regola sostanziale. In dottrina è già stata evidenziata[17] una insanabile contraddizione tra il *cum ipsa re praestare,* la totalità dei frutti oggetto di restituzione (*omnes fructus* i. e. sia *extantes* che *consumpti*) e la necessaria esistenza della cosa rivendicata nel processo formulare (Gai. II, 79:... *extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen...*). La spiegazione dell'incongruenza avanzata in dottrina non è però convincente, dando per implicita l'attinenza del rescritto ad una rivendica con formula petitoria e interpretando il successivo *fructus extantes* in relazione al possessore di buona fede nel senso di *fructus pendentes* non ancora percepiti[18].

L'*omnes fructus solere cum ipsa re praestare* del rescritto dioclezianeo ha invece un chiaro significato se letto in collegamento a rivendiche

[16] M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano,* in AUPA. XXIV (1955), pp. 487 ss.; R. Santoro, *Studi sulla* condictio cit., p. 473.

[17] L. Mancaleoni, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza dei diritti reali sulla cosa fruttifera,* Sassari (1896), p. 59 n. 4; L. Aru, *Sull'acquisto dei frutti* cit., pp. 220-223.

[18] Contro questa interpretazione valgono i giusti rilievi del De Martino, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 483.

extraordinariae. In esse, e probabilmente con una certa regolarità proprio nel processo provinciale (*solere*), si supera la realizzazione della spettanza dei frutti attraverso due tipiche pretese distinte della *vindicatio* e della *condictio*. Davanti al giudice-funzionario, con la rivendica *extra ordinem* relativa alla cosa madre, è unificata la pretesa ai frutti percepiti dal possessore di mala fede prima della lite, senza distinguere tra *fructus extantes* e *consumpti*.

A riguardo è fondamentale C. 3, 32, 17, rescritto dioclezianeo diretto all'avvocato di Antiochia Sabino[19], col quale si riconosce al *praeses provinciae*, nell'eventualità siano accolte le pretese del rivendicante sulla cosa madre, il potere di ordinare al convenuto la restituzione del fondo e dei *fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum,* senza alcuna distinzione tra *fructus consumpti* (*condictio*) ed *extantes* (*vindicatio*), come al contrario nell'altro rescritto dioclezianeo tramandato in C. 4, 9, 3. In realtà, in C. 3, 32, 22, come in C. 3, 32, 17, non c'è il limite insuperabile della rivendica formulare, né la necessità di una diversificata possibilità di pretese tipiche a fronte della spettanza al proprietario della cosa madre dei frutti percepiti dal possessore di mala fede *ante litem contestatam* (*percepisse*).

Per quanto riguarda, poi, il limite ai soli *fructus extantes* per il possessore di buona fede in C. 3, 32, 22, al di là della sua maturazione all'interno del processo formulare, per la quale nutro qualche dubbio[20], anch'esso trova naturale espressione nella rivendica *extraordinaria*. Non si tratta di un limite strutturale imposto dai meccanismi processuali di esercizio della pretesa, ma di un necessario adeguamento delle regole in materia rispetto alla maturazione, nella prassi provinciale, della *praescriptio longi temporis*[21]. Attraverso di essa si estende, infatti, il periodo del possesso di cose altrui senza

[19] Per il destinatario del rescritto di C. 3, 32, 17 vd. C. 10, 48, 2: *Pars actorum Diocl. et Max. AA. id. Febr... principalibus Antiochiensium adstantibus Sabinus dixit*. Su *Sabinus* vd. A. H. M. JONES- J. R. MARTINDALE- J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire* I A. D. 260-395, Cambridge (1975), p. 791 (*Sabinus I*).

[20] Ritengo infatti che nell'àmbito del diritto privato tutelato entro l'*ordo iudiciorum privatorum* il possessore di buona fede facesse propri i frutti percepiti *ante litem contestatam*, al di là delle possibili regole sottese a questo acquisto (quella di D. 22, 1, 45 o quella di D. 41, 1, 48 pr.). Le ragioni, oltre che processuali, sono anche sostanziali: dati i brevi termini per usucapire la cosa-madre, si trattava di un singolo ciclo produttivo o al massimo due; vd. a riguardo le puntuali precisazioni del BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., pp. 108 ss. Cfr. a riguardo l'*«interim»* in Paul. D. 41, 1, 48 pr. su cui *supra* pp. 314 ss.

[21] Vd. sui problemi di origine della *praescriptio longi temporis*, D. NÖRR, *Entstehung der* longi temporis praescriptio, Köln-Opladen (1969), pp. 34 ss.

divenirne proprietari (per i fondi 10 anni *inter praesentes* e 20 anni *inter absentes*). Di qui la naturale maturazione, nella rivendica *extraordinaria*, proprio nel corso del III sec. d. C., di una regola diversa da quella sorta nel processo formulare (secondo la quale il possessore di buona fede fa propri tutti i frutti da lui percepiti *ante litem contestatam*; D. 41, 1, 48 pr. ; o soltanto quelli prodotti *ex facto eius*; D. 22, 1, 45). Questa nuova regola impone al possessore di buona fede la restituzione dei frutti percepiti negli anni precedenti alla lite, purché siano ancora esistenti[22], e si dimostra più equa per il *dominus* non possessore.

Infine, gli *universi fructus* della parte finale del rescritto di C. 3, 32, 22, sono i frutti processuali che il convenuto soccombente deve restituire all'attore. *Universi* e non *omnes* perché qui non si fa riferimento soltanto a quelli *percepti*, ma anche a quelli *percipiendi*. Altra indicazione di un'attinenza del rescritto alla rivendica *extraordinaria*, nell'àmbito della quale le questioni relative ai frutti precedenti alla lite e quelle dei frutti processuali possono essere trattate unitariamente in sede di condanna.

Il rescritto dioclezianeo di C. 3, 32, 22 può quindi considerarsi autentico. Rispetto a CTh. 4, 18, 1, come vedremo, esso ha in comune la prospettiva, quella impressa al problema dalla rivendica *extraordinaria*, ma esprime una diversità di regole giuridiche relative alla restituzione dei frutti, dovuta a scelte diverse di politica legislativa[23].

D. *La legislazione costantiniana applica una nozione ampia di frutto, non riflettendo una considerazione adeguata dei requisiti necessari della categoria*

Gli studi, anche più recenti, sulla legislazione costantiniana hanno

[22] Vd. ora per l'approfondimento del rapporto tra restituzione dei frutti e *praescriptio longi temporis* F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., pp. 108 ss., con collegamenti agli aspetti socio-economici.

[23] Contro la ipotizzata contraddizione tra C. 3, 32, 22 e CTh. 4, 18, 1, sostenuta dalla *communis opinio*, si era già schierato D. DAUBE, *The Restoration of Fruits by the* bonae fidei possessor, in *Cambr. Law Journ.* 9 (1945), pp. 31 ss. [= *Collected Studies in Roman Law*, Hrsg. D. COHEN-D. SIMON, I, Frankf. am Main 1991, pp. 139 ss.], facendo forza anche su C. 4, 9, 3, con argomenti tali da far dubitare della correttezza della *communis opinio* secondo M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., II, p. 289 e n. 11 e G. THIELMANN, *Produktion* cit., p. 96 n. 81. La seguono, al contrario, M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* cit., pp. 64-65, p. 90 n. 72; ed ora F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 97. Il TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute* cit., in BIDR. 91 (1988), p. 791 ritiene necessario in materia «un approccio topico».

evidenziato una tendenza riformista[24], realizzata con una cancelleria imperiale che non padroneggia più il latino giuridico classico[25]. Ciò peraltro non deve necessariamente indurre l'idea di una costante modificazione del diritto esistente, ma imporre un'analisi puntuale e problematica che ne colga eventualmente tutti i possibili legami e differenze coi concetti del diritto classico[26].

[24] D'altronde vd. già il giudizio di Amm. Marc. *Res gest.* 24, 10, 8. Utile quadro del contesto politico sociale ed economico dell'era costantiniana in L. De Giovanni, *Costantino e il mondo pagano*, Napoli (1989⁴), pp. 1-14. La breve distanza che separa le cancellerie diocleziana e costantiniana ha posto problemi in relazione a questa netta modificazione dello stile dei provvedimenti imperiali. Poco convincente mi sembra ipotizzare, come fa il Vernay, *Notes sur le changement de style dans les constitutions impériales de Diocletian à Constantine,* in *Étude Girard* (1912), II, pp. 263 ss., in particolare p. 274, che causa delle differenze stilistiche siano le diverse competenze degli *scrinia* (*edicta: s. ab epistulis; rescripta: s. a libellis*), dato il ricorso da parte di Costantino alla *lex generalis*; sembra propendere nello stesso senso M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano (1938), pp. 180-182. Non convince altresì l'ipotesi del Dupont, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au debut du IVe siècle (Les personnes)*, Lille (1937), pp. 227-228 che pensa ad una intrinseca difficoltà espressiva legata all'introduzione di nuovi princìpi giuridici, con i quali, però, si volle conciliare idee incompatibili. Maggior peso, al contrario, mi sembra acquisisca la spiegazione adombrata dall'Amelotti, *Da Diocleziano a Costantino*, in SDHI. 27 (1961), p. 322, tanto più se si tiene conto della burrascosa presa del potere da parte di Costantino (su cui vd. ora le varie tappe in Th. Grünewald, *Constantinus Maximus Augustus*, Stuttgart, 1990). Val la pena riportare una parte del discorso dell'Amelotti, relativa al reclutamento degli uomini della cancelleria costantiniana. Per l'A., infatti, sarebbe facile pensare che gli appartenenti alla cancelleria dioclezianea «siano passati al servizio di quegli imperatori che, per legittimità costituzionale e atteggiamento, nonché per sede territoriale, apparivano del grande predecessore i più diretti eredi: particolarmente Galerio e quindi Licinio, la cui legislazione essi hanno fortemente improntato. Ma le vicende burrascose del tempo... hanno finito per travolgerli. Costantino al suo arrischiato ed illegale inizio deve invece aver avuto all'intorno uomini nuovi». Tali uomini sarebbero «nuovi», proprio «nella preparazione che dimostrano, retorica più che giuridica».

[25] Sul nuovo stile della legislazione costantiniana vd. ad es. E. Albertario, *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis* (*Romae 12-17 nov. 1934*), I, Roma (1935), p. 71; C. Dupont, *Les constitutions de Constantin* cit., p. 227; M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* cit., pp. 177 ss.; E. Volterra, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino,* in *Rend. Acc. Lincei* s. 8, 13 (1958), pp. 61 ss. [= *Scritti giuridici* V, pp. 3 ss.]; Id., *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin,* in *Mél. Lévy-Bruhl,* pp. 325 ss. [= in *Scritti giuridici* V, pp. 33 ss.]; M. Amelotti, *Da Diocleziano a Costantino* cit., in SDHI. 27 (1961), pp. 241 ss., in particolare p. 299 e pp. 322-323. Rispetto ad un particolare istituto, esemplare M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, pp. 3 ss., il quale parla di «linguaggio in cui è rimasta... inerte la capacità riassuntiva tecnica... ».

[26] È questa una tendenza riscontrabile con maggiore frequenza nelle ricerche della seconda metà del '900 (particolarmente attento a non cancellare la tecnicità del concetto giuridico celato dietro la terminologia atecnica dell'età postclassica C. A. Cannata, *Possessio* cit., passim, e pp. 4 ss.; sul rapporto tra formulazione retorica e dogmatica giuridica vd. altresì M. Bretone, *Storia del diritto romano*[3] cit., p. 475), che supera a riguardo le impostazioni generalizzanti d'inizio secolo, tese ad accentuare una omogenea influenza di un fattore culturale sull'intera legislazione costantiniana: pensa all'influsso del diritto delle province d'oriente L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig (1891), pp. 204-205; 548-552; *contra* R. Taubenschlag, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians,* ora in *Opera minora* I, pp. 3 ss. Vd. ora un bell'esempio del moderno approccio alla legislazione costantiniana in L. Solidoro Maruotti, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli (1998).

[27] T. Spagnuolo Vigorita, *Nuovi indirizzi di politica fiscale nella legislazione di Costantino*, in *Società romana e impero tardoantico I. Istituzioni ceti economia*, a cura di A. Giardina, Roma-Bari (1986), in particolare pp. 76-80; P. Voci, *Nuovi studi sulla legislazione romana del Tardo Impero*, Padova (1989), pp. 155 ss.; e soprattutto H. Wieling, *Constantinische Schenkungen*, in *Atti dell'Acc. Rom. Cost. (IX Conv. intern.)*, Napoli (1993), pp. 267-298. Sulla legislazione costantiniana vd. per un quadro d'insieme D. Simon, *Konstantinisches Kaiserrecht*, Frankfurt a. M. (1977).

[28] Vd. a riguardo le puntuali precisazioni di T. Spagnuolo Vigorita, *Execranda pernicies*, Napoli (1984), p. 115 n. 68 (continua); Id., Beneficium lenitatis nostrae. *Conflitto di interessi e munificenza imperiale in una costituzione di Costantino,* in *Index* 15 (1987), p. 360; Id., Inminentes legum terrores. *L'abrogazione delle leggi caducarie augustee in età costantiniana*, in *Atti dell'Acc. Rom. Cost. (VII Conv. intern.)*, Napoli (1988), p. 264 e n. 75.

Rilevante, riguardo alla tematica qui affrontata, è un'istruzione diretta al *rationalis* Emilio che Costantino scrive da Milano il 10 marzo del 313.

> C. 10, 10, 2 [=CTh. 10, 8, 1] Imp. Constantinus A. ad Aemilium rationalem
> *Si quando adnotationes nostrae contineant possessionem sive domum, quam donaverimus, 'integro statu' donatam, hoc verbo ea vis continebitur, quam ante scribebamus 'cum adiacentibus et mancipiis et pecoribus et fructibus et omni iure suo': ut ea, quae ad instructum possessionis vel domus pertinent, tradenda sint.*
> D. VI id. Mart. Mediolani Constantino A. III et Licinio conss. [a. 313]

L'imperatore sente la necessità di precisare il significato di una «clausola di stile» apposta ai provvedimenti coi quali egli fa dono di possedimenti o di case. Questa precisazione va calata nell'uso costantiniano di donare beni fiscali a privati[27], e nell'interpretazione restrittiva che i funzionari imperiali davano a queste donazioni[28].

Si tratta di chiarire la «*vis*» semantica di questa clausola. Costantino la ritiene identica a quella in uso precedentemente, che elencava tutte le parti accessorie e le pertinenze della cosa donata (*cum adiacentibus et mancipiis et pecoribus et fructibus et omni iure suo*). La nuova formula, più sintetica, le includerebbe tutte, dovendosi consegnare il bene donato *integro statu*, cioè con tutte quelle cose che siano collegate da un «vincolo pertinenziale» col possedimento o la casa donati.

Bisogna approfondire il rapporto che si ritiene di poter instaurare tra le due formulazioni nell'ottica dell'*ea quae ad instructum possessionis vel domus pertinent*. Nella nuova formulazione, infatti, rientrerebbero, secondo il precedente elenco, le 'parti adiacenti'[29], gli schiavi, gli armenti, i frutti (nel senso di derrate accantonate nelle dispense come scorte o per la vendita futura)[30] ed ogni diritto della cosa donata (ad es. servitù positive ecc.). È chiaro come un tale elenco eliminasse a monte problemi interpretativi su cosa rientrasse o meno nella donazione del bene, ma certamente poteva in difetto non adattarsi a questioni particolari. Ciò tanto più all'interno di un'amministrazione tesa ad interpretare restrittivamente i provvedimenti dell'imperatore. La scelta di una formulazione più duttile e nello stesso tempo più sintetica viene accompagnata da un chiarimento dogmatico diretto al funzionario competente[31].

È su questo chiarimento che bisogna infine soffermarsi. Esso infatti evoca una concezione che sembra cogliere anche per i frutti (nel senso chiarito di derrate) un rapporto pertinenziale col fondo (*ea quae ad instructum possessionis vel domus pertinent*). Così facendo si accentua un rapporto con la cosa «principale» tale da coinvolgerli nell'atto dispositivo che la riguarda[32].

[29] *Adiacens* ha il significato di vicino, adiacente, qualifica che in età classica salvaguarda l'autonomia degli oggetti comparati. Ad es. Cerv. Scaev. (D. 32, 41, 6) estende la *significatio* della disposizione fedecommissaria avente ad oggetto l'«*et quidquid in patria Gadibus possideo*» anche alla *suburbana possessio* purché «adiacente». Vd. altresì l'uso in Ulp. D. 47, 9, 1, 2-3. Un tale significato sarebbe incongruo al contesto di C. 10, 10, 2 (= CTh. 10, 8, 1). Si deve in esso più probabilmente intendere qualcosa di analogo ad IT. 9, 45, 4 [= LRV. 9, 34, 1] nel senso di parti dell'immobile, come l'atrio, i portici, le arce intorno alla casa o al possedimento, cioè le 'parti adiacenti'.

[30] Vd., su questa modalità d'uso del termine *fructus* e sulle deduzioni di ordine economico che permette, D. Vera, *Forme e funzioni della rendita fondiaria nella tarda antichità*, in *Società romana e impero tardoantico* cit., I, in particolare pp. 413-415.

[31] Vd. a riguardo R. Delmaire, *Largesses sacrées et* res privata. *L'*aerarium *impérial et son administration du IVe au VIe siècle*, École Française de Rome (1989), pp. 196 ss.

[32] Sul *tradenda sint* nel senso di *traditio (corporalis)* ed il suo rapporto problematico con le interpolazioni omissive in materia riscontrate nelle costituzioni ricevute nel *Codex Iustinianus*,

C. 3, 12, 3 (4) Idem [Imp. Constantinus] A. ad Severum
A nullo iudice praesumi decet, ut auctoritate sua ferias aliquas condat. Nec enim imperiales ferias vocari oportet, quas administrator edixerit, ac per hoc, si nomine eximuntur, etiam fructu carebunt.
D. id. April. Severo et Rufino conss. [a. 323]

Costantino invia un'istruzione ad Acilio Severo, vicario, o già prefetto al pretorio[33], con la quale vieta ai giudici funzionari di istituire *feriae* di loro autorità.

Si esclude più in generale che i giorni feriali indetti dal funzionario imperiale possano qualificarsi come *feriae imperiales*[34]. Ciò non solleverebbe semplicemente una questione nominalistica, ma produrrebbe conseguenze specifiche, in particolare il venir meno dei vantaggi correlati alle ricorrenze nel calendario giudiziario[35].

In questa sede è importante approfondire l'espressione *fructu carere*. L'occasione di negare un potere discrezionale dei giudici di indire 'feste', nelle quali appunto non si può *in ius vocare* e viene meno di regola il *munus iudicandi*, è utile per riaffermare l'esclusiva imperiale per l'istituzione di nuove *feriae*, oltre a quelle che la tradizione tramandava come *feriae publicae* e a quelle introdotte con provvedimento dell'imperatore.

vd. A. Biscardi, *Proprietà e possesso nell'indagine positiva sul diritto del tardo impero*, in *Atti dell'Acc. Rom. Cost. (IX Conv. intern.)* cit., p. 114.

[33] O. Seeck, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, in ZSS. 10 (1889), p. 230 [= in *Materiali per una palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali* 2, a cura di M. Sargenti, Milano (1983), p. 98] ritiene che Severo rivestisse già questa carica, in base al contenuto delle disposizioni a lui dirette, citando anche C. Th. 3, 32, 1. Il Cl. Dupont, *Les textes constantiniens et le préfet de la ville*, in RHDFE. 47 (1969), p. 632, solleva dubbi su questa ipotesi; sul punto, vd. anche M. Sargenti, *Le strutture amministrative dell'Impero da Diocleziano a Costantino*, in *Acc. Rom. Cost. Atti II Conv. intern.*, Perugia (1976), pp. 223-224. Per una posizione differenziata, *vicarius* o prefetto al pretorio, ipotizzando nel caso in cui l'istruzione fosse stata mandata a Severo in quanto *praefectus praetorio*, che potrebbe trattarsi dello stesso Acilio Severo, A. H. M. Jones-J. R. Martindale-J. Morris, *The Prosopography of the Later Roman Empire* cit., I, p. 831 (*Severus* 3).

[34] Un elenco delle quali ci è pervenuto per la Campania, grazie ad una iscrizione tarda; vd. a riguardo G. I. Luzzatto, Rc. a *Inscriptiones Italiae Academiae Italicae Consociatae ediderunt* XIII, in *Iura* 16 (1965), p. 204.

[35] Quello delle *feriae* e del potere di indirle sono strumenti politico-religiosi ai quali Costantino dimostra una certa sensibilità; vd. M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive della letteratura dell'ultimo trentennio*, in *Acc. Rom. Cost. Atti I Conv. intrn.*, Perugia (1975), pp. 273-275. In generale, sulle *feriae* in età imperiale, vd. ora J. Rüpke, *Kalender und Öffentlichkeit*, Berlin – New York (1995), pp. 515 ss. e sull'istituzione di *feriae* da parte di Costantino, pp. 462 ss.

La preoccupazione che traspare dal provvedimento è quella di evitare che gli effetti giuridici propri delle *feriae imperiales* si estendano a quelle edite dal funzionario imperiale, e quindi né i privati, né i funzionari imperiali stessi, possono invocare quest'ultime per godere dei benefici alle prime connessi.

Si tratta quindi di un uso traslato di *fructus*, che attinge a modalità d'uso comuni e non tecniche, idoneo a comprendere qualsiasi vantaggio o beneficio per l'uomo, in particolare, nella ricorrenza in questione, la possibilità di astenersi dall'*officium*.

> C. 11, 63, 1 pr. Imp. Constantinus A.
> *Emphyteuticarios gravant coloni agros praeter consuetudinem usurpantes, quos nullis culturis erudierunt, cum solemnitas id eos attractare permittat, quod eorum labore vel olivetis est obsitum vel vinetis. Sed et inriguas fontium aquas usurpare conantur, quarum fructus solis emphyteuticariis debentur. Ideoque placuit, ut deinceps aquarum ius potestatesque penes emphyteuticarios permaneant, tantumque ex eis colonis impertiatur, quantum culturis eorum agrorum sufficere manifestum est, quos ipsi colunt. Pro modo autem superfluae inrigationis, quam ultra culturas suas usurpaverint, emphyteuticariis possessoribus pensiones accessionesque praebeant.*
> PP. VII id. Mart. Carthagine Constantino A. V et Licinio C. conss. [a. 319]

La costituzione verifica la liceità dell'occupazione (*usurpatio*) da parte dei coloni *praeter consuetudinem* degli *agri emphyteuticarii* abbandonati (*agros... quos nullis culturis erudierunt*)[36]. Essa fa riferimento all'uso consolidato (*solemnitas*) che permette l'occupazione nei limiti in cui col lavoro si impiantino viti o oliveti[37].

[36] Vd. a riguardo L. Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, in *Abhandl. der phil. - hist. Classe der Sächsischen Gesellschaft der Wiss.*, 20 Leipzig (1901), pp. 32 sg.; E. Levy, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia (1951), p. 56 e p. 195; C. A. Cannata, *Possessio* cit., p. 163 n. 45; P. Voci, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38 (1987), p. 146.

[37] La *solemnitas* va peraltro posta in relazione con i provvedimenti di concessione di tali occupazioni risalenti ai primi secoli d. C.; vd. FIRA² I, n. 100, pp. 484 ss. : *Lex colonis fundi villae magnae data ad exemplum legis Mancianae* [116-117 d. C.]; n. 102, pp. 493 ss. : *Ara legis Hadrianae* [198-212 d. C.] che presuppongono tali *leges*. Sul collegamento dei coloni di C. 11, 63, 1 alla problematica dei cd. *coloni Manciani* vd. ad es. R. Monier, *Le sens et la portée de la Constitution de 319, CJ. XI, 63, 1*, in Acquitas *und* bona fides. *Festg. Simonius*, Basel (1955), pp. 259 ss. (sebbene non mi sembra del tutto corretta la traduzione proposta della costituzione); H. Pavis d'Escurac, *Irrigation et vie paysanne dans l'Afrique du Nord antique*, in *Ktema* 5 (1980), pp. 186-188 (che segue la trad. del Monier); R. Delmaire, *Largesses sacrées et* res privata cit., p. 662.

La questione giuridica è legata all'ampiezza dei poteri riconosciuti ai coloni occupanti, in relazione ai diritti spettanti agli enfiteuti. In particolare si verifica, oltre la liceità dell'occupazione del fondo improduttivo, qualora sia rispettata la condizione di destinare il fondo alla produzione di vino o olio, la liceità dell'esercizio da parte dei coloni dell'uso delle acque irrigue, che spettava esclusivamente agli enfiteuti.

La costituzione ribadisce la titolarità del *ius potestatesque aquarum* agli enfiteuti, ma riconosce ai coloni la possibilità di utilizzare l'acqua necessaria per la coltivazione dei campi enfiteutici da loro occupati e coltivati. Per l'acqua che invece attingono al *fons* oltre le necessità agricole, devono corrispondere agli enfiteuti *pensiones accessionesque*.

L'uso dell'acqua, come utilità esclusiva degli enfiteuti, viene qualificata in termini di frutto (*inriguas... aquas..., quarum fructus*). Anche in questo caso si applica un concetto esteso di frutto, comprendente qualsiasi utilità che l'uomo trae dalle cose e da possibili usi di queste. Siamo lontani dal rigore della giurisprudenza classica e dalle stesse discussioni dei giuristi severiani.

E. *La nozione di* fructus *nelle* Pauli Sententiae *non si allontana nella sostanza dalla tradizione classica, pur evidenziando una rilettura delle regole in materia di acquisto dei frutti e della loro restituzione coerentemente ad alcune riforme di età postclassica*

a. Considerazioni preliminari

L'attuale stato della discussione sulle *Pauli Sententiae* non sembra aver scosso l'ipotesi centrale del Levy[38]. Si tratterebbe di opera realizzata da un anonimo giurista nei primi anni del 300 d. C. con materiale proveniente dal giurista severiano Paolo, soggetta ad integrazioni nei secoli successivi con variabile intensità a seconda della tradizione orientale e occidentale. La stessa utilizzazione dell'opera da parte dei codificatori visigoti e di quelli giustinianei sembra esprimere un atteggiamento diverso legato alle forme della *interpretatio* o della diretta integrazione e modificazione del testo originale.

[38] E. Levy, *Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages as Illustrated by Successive Versions of* Pauli Sententiae, in *Medievalia et Humanistica* I (1943), pp. 14-40 [= in BIDR. 55-56 (1951), pp. 222 ss.]; Id., *Pauli sententiae*, Ithaca: New York (1945).

Anche le più recenti ricerche, infatti, sembrano orientarsi nella verifica della classicità del contenuto delle varie *sententiae*, in rapporto al diritto classico a noi pervenuto attraverso altre fonti. Coerentemente alla natura «pseudonima» dell'opera, l'anonimo giurista avrebbe utilizzato soprattutto sentenze di Ulpiano, rescritti dioclezianei, e attinto anche alle opere di Papiniano, Paolo, Marciano e Modestino[39].

Si tratta del riproporsi, entro metodologie più raffinate e una maggiore sensibilità storica, di una discussione già emersa in dottrina[40].

In relazione alla nozione giuridica di *fructus*, le *Sententiae* tramandate non si allontanano nella sostanza dalle costruzioni classiche, coerenza che è evidente all'interno dei diversi istituti coinvolti ed in relazione ad altre forme di reddito percepibili dalle cose. Ciò non elimina sfumature terminologiche e sostanziali che lasciano trasparire la complessa tradizione di quest'opera nell'età postclassica. La sistematica sembra il campo preciputo d'intervento dell'anonimo autore dell'opera, attraverso un ordine delle *sententiae* nei titoli che dimostra talvolta di allontanarsi solo lievemente dalla sistematica classica, talaltra un'impronta originale (ad es. il titolo *De usuris*).

b. *Si hereditas vel quid aliud petatur*

Data la coerenza tra *Breviarium*, *Appendix* alla *Lex Romana Visigothorum* e *Consultatio*, bisogna tener conto, nell'esame delle sentenze in materia di rivendica e petizione d'eredità, dell'unificazione delle problematiche attinenti alle due azioni nel titolo del primo libro *Si hereditas vel quid aliud petatur*. L'accorpamento, infatti, ha determinato l'inserimento di sentenze attinenti, nel contesto originario, alla *rei vindicatio*, accanto a sentenze in materia di petizione d'eredità.

[39] D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa. Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin (1993), pp. 28-109; Id., *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in ZSS. 112 (1995) R. A., pp. 151-171; e in ZSS. 113 (1996) R. A., (testo) pp. 132-242.

[40] Vd. a riguardo ad es. per la tesi poi sostenuta dal Levy, E. Volterra, *Sull'uso delle* Sententiae *di Paolo presso i compilatori del* Breviarium *e presso i compilatori giustinianei*, in *Atti Congr. Internaz. di Dir. Rom.*, I, pp. 35 ss.; G. Scherillo, *L'ordinamento delle* Sententiae, in *Studi Riccobono* 1 (1936), pp. 41 ss. e per quella ora approfondita dal Liebs, M. Lauria, *Ricerche su* Pauli sententiarum libri, in AUMA. VI (1930), p. 74.

PS. I, 13b, 1 (LRV; Cons.)
*In petitione hereditatis ea veniunt, quae defunctus mortis tempore [*Cons.: *de]reliquit, vel ea, quae post mortem ante aditam hereditatem ex ea quaesita sunt.*

La regola classica *fructus omnes augent hereditatem* è resa terminologicamente in modo diverso, accentuando l'estensione, operata attraverso l'*interpretatio*, dei proventi che *vicem fructuum optinent* (*supra* Ulp. D. 22, 1, 34 pp. 299 ss.). Significativo, a riguardo, è l'uso di *quaero*.

PS. I, 13b, 2 (LRV)
Possessor hereditatis pretia earum rerum, quas dolo alienavit, cum usuris praestare cogendus est.

Anche qui siamo di fronte ad un insegnamento classico (Pap. D. 34, 9, 18 pr.), in relazione alle conseguenze della dismissione dolosa di beni ereditari (Ulp. *15 ad ed.* D. 5, 3, 25, 9: *Sed utrum is solus qui possidet fructus praestabit an etiam is qui dolo fecit quo minus possideret? et dicendum erit post senatus consultum* [scil. *Iuventianum*] *ambo teneri*). I dubbi sollevati a riguardo[41], non sembrano convincenti[42]. Va rilevato come la sentenza non sia stata inserita nel titolo *De usuris* (II, 14).

PS. I, 13b, 8 (Appendix LRV.)
Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur.

La sentenza deve essere fatta oggetto di *duplex interpretatio*. Da un lato essa va reinserita nel contesto classico al quale apparteneva. D'altro lato, per come è tramandata nelle *Pauli sententiae*, essa dimostra la sua coerenza col diritto postclassico, dopo l'innovazione del 369 d. C. (CTh. 4, 18, 1 vd. *infra* pp. 357 ss.).

Il contesto originario della sentenza è quello della petizione d'eredità *per sponsionem*. Si evoca la responsabilità del possessore soccombente per una restituzione inappagante, garantita in tale procedimento con la *cautio pro praede litis et vindiciarum* (Gai. IV, 91 e 94). Il possessore dell'eredità che durante la controversia ometta negligentemente di raccogliere i frutti dall'eredità o di conservarne il possesso, è tenuto al pagamento del doppio del

[41] G. Beseler, *Beiträge* cit., IV, p. 31 s.; G. Longo, *L'*hereditatis petitio cit., p. 217.

[42] M. Kaser, *Restituere*[2] cit., p. 15 n. 1.

loro valore[43]. Si tratta di una regola collegata agli sviluppi interpretativi che unificano, nell'ambito della *cautio pro praede litis et vindiciarum* dell'*agere per sponsionem*, le ipotesi di mancata restituzione e di restituzione manchevole, con le ipotesi di mancata appropriazione dei frutti dell'eredità nelle more processuali: il *possidere neglexit* amplia le ipotesi di perdita dolosa della cosa controversa in base a *tab.* 12, 4, mentre il *capere neglexit* evoca l'estensione dell'originaria responsabilità in base a *tab.* 12, 3 ad ipotesi di omessa percezione dei frutti a danno dell'erede nelle more processuali.

Il tenore attuale della sentenza ha però perduto il riferimento alla *cautio pro praede litis et vindiciarum* e la sua delimitazione ai frutti processuali. Ciò è coerente con alcuni sviluppi postclassici. In particolare con la riforma di Valentiniano e Valente del 369 d. C. (CTh. 4, 18, 1). In base a questa costituzione, infatti, la sentenza sarebbe stata letta nella seconda metà del IV e nel V sec. d. C. in termini di pagamento del doppio del valore dei *fructus percipiendi ante litem contestatam* nelle petizioni d'eredità[44].

Rimane il dubbio, quindi, se l'attuale tenore sia quello originario della sentenza inserita nel *corpus* dall'anonimo giurista epiclassico che compone le PS., oppure se l'attuale testo sia il frutto di snellimenti succedutisi in base ad interventi postclassici nella tradizione occidentale[45].

PS. I, 13b, 9 (Appendix LRV.)
Ii fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque diligens pater familias et honestus colligere potuisset.

Qui si tratta della stima dei *fructus percipiendi* da restituire nelle more processuali. La regola è adeguata a quanto già Paolo afferma in D. 6, 1, 33

[43] O. LENEL, *Das* Edictum perpetuum[3] cit., pp. 516 ss. e p. 520; P. PETOT, *Fructus duplio* cit., in *Ét. Girard* I, p. 215-216; con una certa prudenza, rispetto a PS. 1, 13b, 8; M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 16; ID., *Vindicia falsa* cit., pp. 38-39; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 21-22 e n. 37; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 9 n. 37.

[44] Secondo una interpretazione proposta in dottrina dal RATTI, *Dupli fructus* cit., in *Studi Riccobono* II, pp. 419 ss., in particolare 426 ss. (a cui aderisce G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., p. 140-141 n. 79), la sentenza sarebbe di sicura fattura postclassica, sebbene ci si renda conto che essa riflette «una descrizione approssimativa e imprecisa del regime postclassico instaurato dalla costituzione di Valentiniano e Valente» (U. RATTI, *op. ult. cit.*, p. 426). Vd. per altro la puntuale critica del KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 45-46.

[45] Di qui la necessaria prudenza espressa da P. PETOT, *Fructus duplio* cit., p. 215; M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 16; ID., *Vindicia falsa* cit., pp. 38-39; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 21-22 n. 37.

rispetto alla rivendica con *formula petitoria*. In particolare è significativa la corrispondenza con i «*fructus... qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt*»[46].

In base all'attuale collocazione della *sententia,* essa viene di solito collegata alla *hereditatis petitio*[47]. Ritengo, però, che il suo originario contesto di provenienza fosse la *rei vindicatio*, e che l'anonimo autore della raccolta l'abbia inserita tra le sentenze in materia di petizione d'eredità, coerentemente all'accorpamento delle problematiche attinenti all'*aliquid petere* nelle PS. , come si evince dal titolo *si hereditas vel quid aliud petatur.*

Il fatto che la sentenza non indichi più la fase *post litem contestatam*, potrebbe appunto evocare la sua duplice lettura più coerente all'età postclassica, dopo la riforma del 369 d. C. (CTh. 4, 18, 1)[48].

c. *De stipulationibus <praetoriis>*

PS. V, 9, 1 (LRV)
Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. Huius autem praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res, de qua agitur, maior sit centum sestertiis; ideoque in longiorem diem concipitur.
PS. V, 9, 2 (LRV)
[49] *Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur... . .*

[46] A riguardo, la diversa formulazione, che nelle PS. evidenzia maggiormente il modello del *diligens pater familias et honestus*, di per sé non desta più perplessità, data la classicità oramai indubbia di tale modello (*contra*, in base all'origine postclassica di tale modello W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS. 45 [1925], p. 308: *[diligens pater familias et] honest[us[<e>*). Per la sostanziale classicità già G. LONGO, *L'*hereditatis petitio cit., p. 231; M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 14 e p. 196; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 21 n. 6; M. WIMMER, *Besitz und Haftung* cit., p. 107 n. 471, sebbene per questi A. la sentenza fosse verosimilmente in materia di *hereditatis petitio*.

[47] Vd. n. precedente.

[48] Il KASER, *Restituere*[2] cit., p. 14, rileva anche l'assenza della qualità del possessore (di buona o di mala fede), rilevante *post SC. Iuventianum* per il possessore dell'eredità, ma non per il possessore soccombente nella rivendicazione, in quanto comunque tenuto, anche se di buona fede, a restituire i *fructus percipiendi.*

[49] PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae (1886), p. 540-541 propone di integrare *<Ab eo, qui in rem agit, cum pro praede litis et vindiciarum satis accipitur> ex die...*

Il collegamento proposto dal Lenel[50] tra queste sentenze e la *cautio pro praede litis et vindiciarum* del processo centumvirale di petizione d'eredità *per sponsionem* si deve considerare sicuro[51]. Ne sono prova difficilmente controvertibile l'identità di fattispecie con Ulp. 77 *ad ed.* (D. 2, 8, 12), frammento attinente proprio alla *c. p. p. l. v.* , e il riferimento al *praeiudicium* per la stima del valore della controversia, condizione per accedere alla competenza dei centumviri. Bisogna quindi escludere che la sentenza sia di origine postclassica in base alla riforma del 369 tramandata in CTh. 4, 18, 1[52]. In quest'età, infatti, tale processo era desueto. D'altronde mi sembra che proprio l'*«huius autem praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res, de qua agitur, maior sit centum sestertiis»* dimostri l'escerpimento della sentenza da un contesto nel quale si era già trattato del normale *praeiudicium* (quello appunto collegato ad un processo già instaurato: *an ea res, de qua agitur maior sit...* L'anonimo giurista epiclassico, autore delle *Pauli sententiae*, inserisce la sentenza classica nell'àmbito del titolo *De stipulationibus <praetoriis>*, decontestualizzandola dall'originario commento. Possibile la sua indiretta derivazione originaria dal l. 74 *ad edictum* di Paolo. D'altronde possediamo una *nota* di Paolo a Papiniano in D. 46, 5, 8 pr. , nella quale si menziona espressamente il ricorso alla *cautio* in rapporto alla stessa fattispecie (*Paulus notat: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem...)*.

La fattispecie di PS. V, 9, 1 prevede un'ipotesi di sostituzione volgare, nella quale l'erede istituito sotto condizione sospensiva chiede la *bonorum possessio* durante la pendenza. Ulpiano ricorda la *communis opinio* (D. 2, 8, 12: *inter omnes convenit*, dietro il quale forse si cela l'accordo di Paolo in base a PS. V, 9, 1) di imporre all'erede *sub condicione,* che chieda la *bonorum possessio,* la *c. p. p. l. v.* a favore del *substitutus*. La particolarità sta nel fatto che la restituzione dell'eredità dall'istituito erede *sub condicione* al sostituto è

[50] O. Lenel, *Das* Edictum perpetuum[3] cit., pp. 525 ss.

[51] Cfr. E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar (1956), p. 114-115; M. Kaser, *Vindicia falsa* cit., pp. 39-40; 48-49; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., p. 19 e n. 33; M. Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 9 n. 37.

[52] Così, al contrario, G. Beseler, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi Bonfante*, II, pp. 62-66 (in base ad argomenti puramente formali); U. Ratti, *Dupli fructus* cit., pp. 426 ss.; seguito da U. von Lübtow, in ZSS. 68 (1961) R. A., p. 346; G. Broggini, *Iudex arbiterve* cit., p. 140-141 n. 79; ed ora A. Magdelain, *Esquisse de la justice civile* cit., in RIDA. 37 (1990), p. 231 n. 59. Vd. però la puntuale critica del Kaser, *Vindicia falsa* cit., pp. 45-46; a cui *adde* R. Santoro, *XII tab. 12, 3* cit., p. 20-21 n. 34; M. Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 9 n. 37.

eventuale e futura. Di qui un adattamento degli effetti della *cautio* e del regime del *praeiudicium*. Riguardo la prima, infatti, nel caso di *deminutio rei* (... *ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat*, da collegare con una glossa a Prob. *ex codice Einsidl.* [FIRA II[2], p. 459] 52 «D. D. D. »= *deinde deperit deminutum* relativamente alla *c. p. p. l. v.)*[53], la *duplio fructus* non si computerebbe, come di regola, *ex die accepti iudicii* (PS. V, 9, 2), ma *ex die interpositae stipulationis.* Rispetto al *praeiudicium*, esso si differenzia da quello consueto, in quanto bisogna adeguare la formula pregiudiziale al valore futuro dell'eredità nell'eventuale controversia tra istituito erede e sostituto[54].

La riforma introdotta nel 369 d. C. (CTh. 4, 18, 1) non mi sembra influenzare il tenore della sentenza, data l'irrilevanza del *dies invasi loci*[55]. Ciò non toglie che, in ambiente postclassico, essa si sia potuta leggere accentuando la rilevanza della *duplio fructus*, scollegata dal suo contesto classico originario.

d. *Post provocationem quid observandum est*

PS. V, 36, 1-2 (LRV)
Quotiens possessor appellat, fructus medii temporis deponi convenit. Quod si petitor provocet, fructus in causa depositi esse non possunt nec recte eorum nomine satisdatio postulatur.
Si propter praedia urbana vel mancipia appelletur, pensiones eorum vel mercedes, vecturae etiam, si de navi agatur, deponi solent.

Sono evocate da queste sentenze le problematiche che l'appello civile nato nella prassi della *cognitio extra ordinem*[56] determina in rapporto alle controversie *in rem,* ed in particolare ai frutti percepiti dalla cosa controversa nelle more della seconda istanza.

La giurisprudenza dell'età dei Severi è impegnata in una sistemazione scientifica dell'istituto[57]. Le sentenze riportate attengono alle regole matu-

[53] O. Lenel, *Das* Edictum perpetuum[3] cit., p. 521; M. Kaser, *Vindicia falsa* cit., p. 39; Id., *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgenregress*, in ZSS. 100 (1983) R. A., p. 97.

[54] O. Lenel, *Das* Edictum perpetuum[3] cit., p. 526; M. Kaser, *Vindicia falsa* cit., p. 39; R. Santoro, *XII tab. 12, 3* cit., pp. 19-20 n. 33.

[55] Così M. Kaser, *Vindicia falsa* cit., p. 49.

[56] Sul problema dell'origine dell'appello civile, ed in particolare sul ruolo avuto dalla prassi della *cognitio extra ordinem,* vd. R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino (1953; rist. stercot. 2° ed.), pp. 186 ss.

[57] R. Orestano, *L'appello civile*[2] cit., pp. 224 ss.

rate in relazione a situazioni provvisorie determinatesi in base all'effetto sospensivo dell'appello[58].

PS. V, 36, 1 distingue a seconda che il possessore sia o meno soccombente. Nel primo caso, il possessore appellante sarebbe tenuto a deporre i frutti del periodo intermedio fino alla sentenza della seconda istanza. Nel secondo caso, invece, lo stesso possessore, in base all'appello promosso dal *petitor*, non sarebbe obbligato a deporre i *fructus medii temporis*, né il rivendicante soccombente potrebbe legittimamente chiedere una *satisdatio* per la loro restituzione. In PS. V, 36, 2 si estende la regola enunciata anche al deposito delle eventuali mercedi locative percepite dai fondi urbani, dagli schiavi o dalla nave rivendicata.

La ragione del diverso regime è legata all'esistenza di una sentenza di prima istanza sfavorevole al possessore del bene controverso. Soltanto in questo caso si dimostrerebbe equo imporre allo stesso possessore soccombente, il quale nelle more del processo d'appello continua a possedere il bene (Macer *l. primo de appellationibus* D. 2, 8, 15, 6)[59], di garantire all'attore, vincitore in prima istanza, la conservazione dei frutti percepiti attraverso il sequestro[60].

In dottrina si è discussa la classicità della regola[61]. È possibile cercare di ricostruirne il contesto storico-dogmatico.

Simmaco, in qualità di *praefectus urbi,* carica ricoperta nel 384 d. C.[62], emette un provvedimento relativo ad un appello contro un procedimento di

[58] R. Orestano, *L'appello civile*[2] cit., pp. 405 ss.; M. Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in RIDA. 14 (1967), pp. 301 ss., in particolare pp. 390 ss.

[59] *Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? et recte dicetur possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit.* Sul passo R. Orestano, *L'appello civile*[2] cit., p. 405; M. Campolunghi, *Gli effetti sospensivi dell'appello in materia penale,* in BIDR. 75 (1972), p. 213 n. 9 (continua da p. 212).

[60] L'*interpretatio* travisa il senso della *sententia*, travisamento evidente nella *ratio* riportata dai compilatori del *Breviarium*:... *hoc ab eo non potest postulari, quia non potest sequestrare, quod non habet.* Il Litewski, *Die römische Appellation* cit., in RIDA. 14 (1967), p. 401 e n. 37, accentua la verosimiglianza della pretesa dell'attore comprovata da una prima sentenza a lui favorevole.

[61] La ritiene un possibile riflesso di «princìpi e norme del diritto postclassico» in base alla costituzione del 378 d. C. tramandata in CTh. 11, 36, 25 = C. 7, 65, 5, R. Orestano, *L'appello civile*[2] cit., p. 407; più articolato il tentativo del Litewski, *Die römische Appellation* cit., pp. 402-403, che, accentuando soprattutto Symm., *Rel.* 33, 4, preferisce collocare la maturazione della regola sul deposito dei frutti nelle more del processo d'appello già in età altopostclassica.

[62] Cfr. O. Seeck, *Symmachus* (18), in PWRE. Suppl. IVA1, col. 1148.

esecuzione. La notizia è preziosa: *interea constitutionis memor sequestrari mobilia fructusque praecepi, ne medii temporis usurpatio abutetur indebitis* (*Rel.* 33, 4). Significativo è che il sequestro dei beni mobili e dei frutti, al fine di evitare arricchimenti indebiti nel *medium tempus,* sia ordinato da Simmaco *constitutionis memor.* Si ricorda qui una costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano del 378 d. C. , relativa ad ipotesi di appello verso procedimenti esecutivi aventi ad oggetto immobili e mobili (CTh. 11, 36, 25 = C. 7, 65, 5)[63].

In base a queste notizie si è ritenuto di dover considerare le sentenze tramandate in PS. V, 36, 1-2 di fattura postclassica[64].

La cosa a mio avviso non è sicura.

Papirio Giusto ricorda infatti un rescritto dei *Divi fratres* (161-169 d. C.) che dimostra l'esistenza nel II sec. d. C. di una prassi nella *cognitio extra ordinem* contraria alla regola di PS. V, 36, 1. Esso, allo stesso tempo, dimostra, però, la possibile iniquità di tale prassi, soggetta quindi ad interventi *ad hoc* coi quali si impone il sequestro dei frutti al fine di evitare illeciti arricchimenti o la diminuzione del valore del bene prima della seconda istanza (D. 49, 1, 21, 3: *Idem [impp. Antoninus et Verus] rescripserunt, quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen, cum populi traherentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi*)[65].

[63] Imppp. Valens Gratianus et Valentinianus AAA. ad Thalassium proconsulem Africae. *Ab exsecutione appellari non posse satis et iure et constitutionibus cautum est, nisi forte exsecutor sententiae modum iudicationis excedat. a quo si fuerit appellatum, exsecutione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur et idoneo collocetur reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor iudicaverit. quod si de possessione vel de fundis exsecutio concessa erit et eam suspenderit provocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, iure fundi penes eum qui appellaverit constituto...* D. III k. febr. Treviris Valente VI et Valentiniano II AA. conss. (a. 378 d. C.).

[64] Vd. *supra* n. 61.

[65] A riguardo è significativo il riconoscimento nel II sec. d. C. di una prassi contraria alla regola di PS. 5, 36, 1 (... *quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri... deponi*), ma altresì la possibilità di un intervento attraverso il rescritto per imporre comunque il deposito nel caso in cui il possessore soccombente avesse proceduto al taglio dei pioppi (*populi traherentur ab adversario*); sul punto vd. R. Orestano, *L'appello civile*[2] cit., p. 405-406; M. Litewski, *Die römische Appellation* cit., p. 402; M. Campolunghi, *Gli effetti sospensivi dell'appello* cit., p. 213 n. 9; R. Röhle, *D. 49, 1, 21, 3: populi traherentur?*, in T. 49 (1981), pp. 161-162. Sottesa è chiaramente la necessità di impedire una sostanziale diminuzione del fondo nella sua pienezza economica. Ci si può chiedere se peraltro la prassi ricordata fosse collegata alla possibilità di risolvere le questioni attinenti ai frutti percepiti prima della seconda istanza attraverso le regole di restituzione dei frutti processuali della rivendica *extra ordinem*.

Non mi sembra contrario ad un possibile sviluppo storico pensare che al tempo di Paolo, età che vede il maggior sforzo di sistemazione scientifica del processo d'appello emerso nella prassi della *cognitio extra ordinem*, fosse oramai prevalsa l'opinione giurisprudenziale, contraria alla prassi esistente, di imporre al possessore soccombente il deposito dei frutti in attesa della sentenza d'appello. Di qui l'estensione della regola ai procedimenti esecutivi attraverso la costituzione del 378 ricordata in CTh. 11, 36, 25 = C. 7, 65, 5 e da Symm., *Rel.* 33, 4.

e. Restituzione dei frutti dotali

PS. II, 22, 1 (LRV)
Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo factum est divortium.

La *sententia* tramanda la regola classica. L'*etiam* potrebbe indicare la necessità di ribadire la regola di fronte a dubbi sulla ripartizione dei frutti dell'ultimo anno dotale.

f. *De usufructu legato*

Nel titolo VI del terzo libro delle PS. , i §§ 17-33 trattano dell'usufrutto legato. A riguardo è stato autorevolmente sostenuto che «chi segua il discorso che le *Pauli sententiae* conducono sull'*usus fructus*, ... non tarderà a notare che quel discorso rimane fedele all'insegnamento dei classici: sia nel profilo sistematico (esso è svolto nel luogo dedicato ai legati, secondo un criterio che anche i grandi commentari *ad edictum* rispettavano), sia nel contenuto»[66]. Mi sembra giudizio pienamente condivisibile ancora oggi.

Qua e là si leggono nelle sentenze annotazioni o precisazioni che lasciano intravedere la complessa storia postclassica dell'opera.

PS. III, 6, 19 (LRV)
Ancillae usufructu legato, partus eius ad usufructuarium non pertinent.

[66] M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, pp. 25-26.

Come abbiamo già visto, dalla *sententia Bruti* trae origine una regola che porta ad escludere il parto della schiava dal frutto. Per come la regola è tramandata da PS., se pensiamo soprattutto alla ricchezza di motivazioni del Digesto (D. 7, 1, 68 pr.; D. 22, 1, 28, 1; D. 5, 3, 27 pr.), si presenta in modo apodittico. Nuovamente l'*auctoritas* cela la *ratio*.

PS. III, 6, 20 (LRV)
Gregis usufructu legato grege integro manente fetus ad usufructuarium pertinent salvo eo ut quidquid gregi deperierit, ex fetibus impleatur.

Anche rispetto all'obbligo della *summissio* nell'usufrutto del gregge, la sentenza è coerente col diritto classico (ad es. D. 7, 1, 68, 2-70, 1). È possibile, d'altronde, cogliere una certa ridondanza nel *salvo eo-impleatur*. Dal punto di vista dogmatico, infatti, la conservazione del gregge come *universitas*, attraverso la sostituzione dei capi morti o inutili con i nuovi nati, è già pienamente soddisfatta nel *grege integro manente*. Un giurista classico, probabilmente, non avrebbe sentito la necessità di precisare che i feti spettanti all'usufruttuario del gregge non contenessero il nuovo nato oggetto di *summissio*, una volta condizionata la regola della spettanza alla conservazione dell'integrità economica del gregge.

PS. III, 6, 22 (LRV)
Accessio ab alluvione ad fructuarium fundum, quia fructus non est, non pertinet: venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinent.

In entrambe le *sententiae* si tramandano regole giuridiche classiche. Nel primo caso si tratta dei limiti del pieno godimento dell'usufruttuario del fondo, il quale non acquista la proprietà sull'accessione. Si ricorda correttamente la motivazione giuridica (*quia fructus non est*). Non vi è alcun richiamo al connesso problema dell'estensione dell'oggetto dell'usufrutto ed alla distinzione operata dalla giurisprudenza d'inizio principato tra *adluvio* (su cui si estende l'usufrutto del fondo) ed *insula in flumine nata* (sulla quale invece il nudo proprietario del fondo acquista la piena proprietà).

Anche per i redditi percepiti dall'attività venatoria e dalla selvaggina catturata sul fondo, si ricorda la loro spettanza all'usufruttuario, conformemente al diritto classico. Nessuna menzione del *ius controversum* sopra visto tra Cassio e Minicio-Giuliano in rapporto all'usufrutto del fondo (D. 7, 1, 9, 5; D. 22, 1, 26).

Ci si può chiedere se per l'anonimo giurista autore della raccolta, la contiguità delle due *sententiae* non riflettesse semplicemente l'attività di escerpimento dal materiale classico, ma rispondesse invece ad una più intima connessione dogmatica. In particolare, se il *vero* provenga dall'originale testo classico oppure se con esso l'autore epiclassico della raccolta abbia voluto accentuare il rapporto di differenziazione tra le due regole: la prima, centrata sulla nozione di frutto del fondo, che porta alla esclusione dell'*accessio ab adluvio* dai beni acquistati dall'usufruttuario nell'esercizio del suo *ius in re aliena*; la seconda, che riconosce la spettanza all'usufruttuario di redditi che solo indirettamente e casualmente si collegano al godimento del fondo, e che quindi non rientrerebbero nella nozione giuridica di frutto[67]. A riguardo bisogna limitarsi ad indicare la possibile lettura, che rimane però insicura dal punto di vista di un'adeguata collocazione sul piano storico.

PS. III, 6, 24 (LRV)
Fructu legato si usus non adscribatur, magis placuit usumfructum videri adscriptum. Fructus enim sine usu esse non possunt.

L'indicazione nel legato del solo *fructus* viene intesa come costituzione dell'usufrutto. Ciò è perfettamente coerente con D. 7, 8, 14, 1. Il *magis placuit* sarebbe corretto anche se scritto da un giurista severiano.

In rapporto alla seconda questione tra diritto d'uso e usufrutto, la *sententia* è sostanzialmente coerente col diritto classico (vd. D. 7, 8, 1, 1; 2 pr.). Formalmente, invece, essa segnala un passaggio dal singolare al plurale, indice dell'incapacità di comprendere l'essenza giuridica del significato del classico *fructui usus inest*, nel quale la compenetrazione è fondata sul contenuto del godimento. Al contrario, per l'autore del *fructus sine usu esse non possunt*, la ragione che fonda l'interpretazione del legato di *fructus* come legato d'usufrutto sarebbe «materiale», attinente cioè alla concreta percezione dei frutti da parte dell'usufruttuario, attività impossibile senza l'*usus*[68].

[67] Vd. a riguardo l'approfondimento di G. POLARA, *Le* venationes cit., pp. 227 ss.

[68] A riguardo è interessante notare come un'analoga confusione, tra «il momento della 'facoltà' con quello materialistico del 'reddito'», è stata evidenziata nel sapere giuridico tardo-occidentale in rapporto al problema dell'esclusione dell'usuario dal concorso nel *fructus*, in base alla *Interpretatio* a PS. 3, 6, 25; vd. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, p. 73.

PS. III, 6, 27b [= D. 7, 1, 59]
Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque iam antea locatorum...

Si tratta, come abbiamo già visto, di diritto classico, in particolare della tradizione civilistica attinente al lemma sabiniano (vd. *supra* pp. 313-314).

g. *De fundo legato*

PS. III, 6, 45 (LRV; D.)
Fundo legato ITA [om. D.] *UT OPTIMUS MAXIMUSQUE EST retia apraria et cetera venationis instrumenta continebuntur: quae* [*quod* D.] *etiam ad instrumentum pertinent* [*pertinet* D.], *si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat.*

La *sententia* valuta, coerentemente al «vincolo pertinenziale», il fondo legato come comprensivo delle reti per la cattura dei cinghiali e degli altri *instrumenta venationis*. La ragione riposerebbe sull'ascrivibilità anche degli strumenti venatori nell'*instrumentum fundi*, ogniqualvolta l'utilità del fondo derivi in massima parte dalla selvaggina catturata. Da notare l'adeguamento della regola classica in materia di *instrumentum fundi* («*In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt...*» Sab. in D. 33, 7, 8) all'ipotesi del fondo destinato all'attività venatoria, che determina la verifica della sua tenuta rispetto al «reddito» di tale attività come provento principale del fondo («*... maxime si ager et ex hoc reditum habuit*» Ulp. *20 ad ed.* D. 33, 7, 12, 12; cfr. altresì per l'*aucupium* L. 12, 13)[69].

PS. III, 6, 46 (LRV)
Fructus, qui solo cohaerebant mortis testatoris tempore, ad legatarium pertinent: ante percepti ad heredem.

È confermata la nozione classica di *fructus pendens* come *pars fundi* e della *perceptio* come necessaria per l'acquisto del frutto da parte dell'usufruttuario.

[69] Sul punto vd. G. POLARA, *Le* venationes cit., pp. 213 ss.; M. A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'*«instrumentum fundi» cit., pp. 253 ss.

h. *Ad legem Falcidiam*

> PS. III, 8, 4 (LRV) *Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt; mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.*

Abbiamo già visto come nel diritto classico sia maturata questa regola rispetto a specifiche ipotesi di legato. Per i fedecommessi in caso di mora vd. Gai. II, 280, da confrontare con Marc. D. 36, 1, 46 [44], 1. Per i legati l'affermazione generale si trova anche in Ulpiano (D. 22, 1, 34 su cui *supra* pp. 299 ss.).

i. *Ex empto et vendito*

> PS. II, 17, 7 (LRV)
> *Ex die emptionis, [si pars pretii numerata sit], et fructus et operae <servorum> et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent.*

L'elenco è significativo essenzialmente per la giustapposizione dei nati dagli animali e delle opere degli schiavi ai frutti. Essa echeggia le discussioni in materia tra le scuole in epoca preclassica[70].

l. Il titolo *De usuris* delle *Pauli Sententiae*

Le opere della giurisprudenza classica non conoscono una autonoma rilevanza sistematica delle questioni giuridiche attinenti alle *usurae*. Esse vengono trattate all'interno degli istituti interessati, senza mai essere organizzate autonomamente.

Paolo, per altro, scrive un *liber singularis de usuris*, di cui i *Digesta* contengono un lungo frammento (D. 22, 1, 17). Sorge quindi il dubbio che la presenza di un titolo *ad hoc* nelle PS. possa riflettere, all'interno di testimonianze fortemente semplificate nel loro contenuto, più che una innovazione dell'anonimo autore della raccolta, la comune provenienza delle *sententiae* raccolte in PS. II, 14 (LRV) R. *De usuris* dall'opera monografica di Paolo.

[70] Vd. a riguardo M. Bretone, *Frutti* cit., p. 665 n. 7; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., pp. 197-198; J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 106. Il *si pars pretii numerata sit*, integrato dai moderni editori in base alla lettura che Cuiacius poteva fare nel *Cod. Vesontinus*, accentua il momento del passaggio della proprietà sul bene al compratore, cocrentemente a sviluppi postclassici.

Al di là della natura ipotetica di questo legame, non c'è dubbio che l'ordine del titolo delle PS. evidenzi lo sforzo di collegare problematiche attinenti ad istituti diversi (*pactum usurarum*; *usurae ultra modum*; *pecunia traiecticia*; *tutela* ecc.), attraverso la questione del debito degli interessi.

Esso denota un interesse che tende a rompere una sistematica, quella classica, edittale o civilistica, ai fini di un criterio nuovo, che tenga conto delle esigenze pratiche del tempo.

Come vedremo, esso sarà un tratto comune anche di altre compilazioni dell'epoca postclassica: la tendenza ad unificare, entro una nuova sistematica, le problematiche attinenti agli interessi e ai frutti. Questa tendenza troverà pieno coronamento proprio nel titolo giustinianeo di D. 22, 1.

F. *Ermogeniano qualifica le mercedi locative come* quaestus *e non come frutti* D. 5, 3, 52

> Herm. *libro secundo iuris epitomarum* D. 5, 3, 52
> *Si possessor ex hereditate inhonestos habuerit quaestus, hos etiam restituere cogetur, ne honesta interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat.*

La scienza romanistica, coerentemente ad un'analisi storicamente orientata della giurisprudenza epiclassica, ha colto con sempre maggiore sicurezza la individualità del giurista Ermogeniano e la peculiarità del suo contributo. Nel giurista, infatti, giusta la paternità del *Codex Hermogenianus*[71], si esprimerebbe appieno quella tendenza, peculiare di questo periodo storico, a realizzare la formazione di *corpora* semplificati e organizzati in modo nuovo, contenenti il diritto esistente di natura imperiale (CH.) o giurisprudenziale (*libri iuris epitomarum*)[72]. Ciò avrebbe facilitato la consultazione del diritto da parte dei pratici, attraverso un fine lavoro di raccolta e selezione posto in essere da giuristi ancora in grado di

[71] Vd. D. Liebs, *Hermogenians* iuris epitomae, Göttingen (1964), pp. 23 ss.; Id., *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien* cit., pp. 36 ss., pp. 137 ss.; A. Cenderelli, *Ricerche sul* codex Hermogenianus cit., conclusioni pp. 239 ss.

[72] Vd. ora G. Barone Adesi, *Ricerche sui* corpora *normativi dell'impero romano 1. I* corpora *degli* iura *tardoimperiali,* Torino (1998), pp. 1 ss.

gestire l'imponente mole della legislazione imperiale e del diritto tramandato nei grandi commentari della giurisprudenza dell'età dei Severi[73].

In D. 5, 3, 52 si tratta dei «proventi» percepiti dal possessore dell'eredità oggetto di restituzione insieme all'eredità, in base alla regola che *fructus omnes augent hereditatem*. Ermogeniano verifica la tenuta della regola rispetto ai *quaestus inhonesti* percepiti *ex hereditate*. Abbiamo già visto come Ulpiano, in D. 5, 3, 27, 1 (vd. *supra* pp. 308 ss.), riconosca la restituzione delle pensioni locative percepite dal possessore dell'eredità, sebbene pagate a quest'ultimo per immobili ereditari presi in locazione da terzi per scopi immorali (*lupanaria*). Nella sostanza, quindi, Ermogeniano ribadisce una regola già emersa nella giurisprudenza classica. Egli però preferisce a *fructus, quaestus*, dimostrando di seguire la nozione ristretta di Ulpiano e non quella di Papiniano, Paolo e Marciano.

Significativa, altresì, ne è la motivazione (... *ne honesta interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat*). A livello strettamente dogmatico, si fa perno sulla necessità di evitare un arricchimento ingiusto da parte del possessore dell'eredità. Dal punto di vista della tecnica argomentativa siamo, però, di fronte ad una paronomasia. Essa è un indizio prezioso, a mio avviso, dei destinatari dell'opera, pratici ai quali il ricorso alle figure retoriche doveva essere più familiare delle argomentazioni strettamente giuridiche, data la loro prevalente formazione, così da rendere opportuna una motivazione in tal senso.

G. *La tradizione epiclassica di altre opere dei giuristi classici*

Rispetto alla tematica qui affrontata, mi sembra da sottolineare la *duplex interpretatio* a cui soggiace il frammento papinianeo sopra esaminato (D. 12, 6, 55), in relazione alla chiusa finale: *quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fuerunt*. I *libri quaestionum* di Papiniano sono, infatti, opera oggetto dell'interesse dei giuristi subito successivi. Paolo vi scrive delle *notae*. L'approfondimento del Wieacker sulla sua storia epiclassica[74] impone di considerare possibile, sebbene non necessaria, la natura glossematica dell'inciso. Si tratterebbe di una reinterpretazione coerente alla nuova regola in materia di *fructus consumpti*.

[73] D. Liebs, *Die Jurisprudenz* cit., pp. 143-144.
[74] F. Wieacker, *Textstufen* cit., pp. 333-340.

H. *Nella prassi giuridica è assente il rigore concettuale della giurisprudenza, e si ricorre ad una nozione estesa di frutto come ogni tipo di reddito ricavabile da una cosa*

Sia la riaffermazione di regole classiche nella legislazione imperiale e nelle opere della giurisprudenza, sia alcune oscillazioni presenti nelle fonti, sia le tendenze manifestatesi nella pratica già prima dell'epoca epiclassica, indicano una prassi giuridica nella quale non si rinviene il rigore concettuale del sapere giuridico classico, prevalendo tendenze che sviliscono i requisiti della categoria.

A riguardo, è molto significativo il modo di esprimersi di un documento del 166 d. C. , redatto in Dacia, testimoniante una società «danistaria» a tempo tra Cassio Frontino e Giulio Alessandro. Alle ll. 8-9 si indicano i conferimenti di Giulio Alessandro in cinquecento denarî, specificando che essi potranno essere «numerati oppure *in fruct[o]<u>*» (*in qua societate intuli[t Iuli]us Alexander nume/ratos sive in fruct[o]<u> (denarios) [qu]ingentos...* ; *societas pecuniarum credendarum Dacica* ll. 8-9; FIRA², III, n. 157. p. 482).

La lettura proposta dall'Arangio Ruiz mi sembra la più convincente: si tratterebbe delle somme di danaro di Giulio Alessandro già prestate ad interessi, al fine appunto di percepirne un «frutto»[75]. Ciò significa, dal punto di vista del conferimento societario, che il socio può conferire sia danaro contante sia danaro a credito. Il redattore del contratto utilizza, dal suo punto di vista tecnicamente, la locuzione *denarii in fructu* per esprimere le somme di danaro prestate ad interessi.

Dall'Egitto proviene un papiro del 240 d. C. relativo alla richiesta di registrazione nell'archivio centrale di Alessandria di un'anticresi conclusa dal padre della richiedente nel 178 d.C., nella quale tutti i frutti, le mercedi locative ed ogni altro reddito proveniente dal bene del debitore si considerano in conto di interessi per il credito (Lips. 10)[76]. Si nota come alla più precisa elencazione della l. 38 (col. I) «κ[αρ]πείαν καὶ διαμίσθωσιν καὶ πρόσοδον πᾶσαν», dove si giustappongono nei redditi in conto di interessi, ogni frutto, le mercedi locative ed il reddito della cosa, si sovrapponga alla l. 18 (cap. II) una generalizzazione e unificazione di essi nei frutti in conto degli interessi del capitale prestato: «καρπείας ἀντὶ τῶν τοῦ κεφαλαίου τόκων».

[75] FIRA² III, p. 482 n. 1.
[76] Vd. a riguardo L. Mitteis, *Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig*, I, Leipzig (1906; rist anast. Milano 1970), pp. 35 ss.; Id.- U. Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II, 1, rist. Hildesheim (1963), pp. 152-153; II, 2, pp. 205-207; H. Kupiszewski, *Antichrese* cit. p. 144.

La prassi nelle diverse province dimostra una tendenza a considerare frutto di una cosa qualsiasi suo reddito, da essa percepibile *ex natura* o *ex negotiatione*.

Il dato conferma la qualifica proveniente dalla prassi del II secolo d. C. degli interessi pecuniari come *reditus pecuniae* e *fructus summae* in alcuni frammenti di Giuliano e Africano sopra ricordati (D. 36, 1, 27, 16 Iul. *40 dig.*: *... ex incremento et fructibus eius summae...* ; D. 35, 2, 88, 3 Afr. *5 quaest.*: *... ex reditu eius summae... . fructus... ex fructibus... heres perceperit*).

La stessa tendenza è coerente ai due rescritti di Gordiano (a. 239 d. C. C. 6, 47, 4) e di Caro, Carino e Numeriano (a. 283 d. C.; C. 6, 49, 3), nei quali è evidente la maturazione di una nozione estesa di frutto, comprensiva anche delle *usurae* e delle mercedi locative.

I. *L'età epiclassica preannuncia le tendenze di fondo di quella postclassica*

La complessità di problematiche che l'età epiclassica solleva per la storia giuridica, si riflette sulla difficoltà di trarre conclusioni sicure e sulla loro utilizzabilità rispetto alla ricostruzione storica del problema qui esaminato.

Mi sembra, però, che possano cogliersi alcune tendenze di fondo. A parte, infatti, la nozione di frutto come reddito-netto espressione di un calcolo contabile ricordata nel problematico rescritto di Diocleziano in C. 7, 51, 1, il sapere giuridico dell'età epiclassica non si sofferma sulla nozione giuridica di frutto. A questa constatazione fa riscontro una tendenza della prassi ad estendere la nozione di frutto a qualsiasi reddito della cosa.

Le fonti a nostra disposizione confermano, invece, un'attenzione alle problematiche attinenti ai frutti. A questo riguardo va notato come, vuoi la legislazione imperiale, vuoi le tendenze riscontrate nella pratica in questo periodo, mantengono la riflessione sui frutti entro gli istituti classici interessati. Al contrario, invece, le PS. evidenziano uno sforzo teso ad ordinare unitariamente, in un titolo *ad hoc*, alcune regole in materia di *usurae*, maturate entro diversi istituti giuridici. Il minimo comune denominatore è appunto quello degli «interessi pecuniari» che assurgono per la prima volta ad una considerazione indipendente anche dal punto di vista sistematico. D'altronde non si tratta che di una matura conseguenza dell'importanza delle *usurae* nella pratica forense, come dimostra l'opera monografica di Paolo nell'età severiana. Come vedremo, questa tendenza,

proprio nei secoli che ci accingiamo ad esaminare, si rifletterà anche sui frutti, così da preparare teoricamente il terreno per la previsione nel Digesto giustinianeo di D. 22, 1.

3. *La nozione di* fructus *nel IV-V sec. d. C. non è come tale coinvolta, ma si evidenziano riforme importanti nella legislazione imperiale rispetto alla restituzione dei frutti processuali e sforzi sistematici diretti ad unificare la disciplina dei diversi redditi ricavabili dalle cose*

A. *I* dupli fructus *e la riforma di Valentiniano e Valente del 369 d. C. CTh. 4, 18, 1*

> C. Th. 4, 18, 1 (369 apr. 25)
> Impp. Valentin(ianus) et Valens AA. Olybrio p(raefectus) u(rbi)
> *Litigator victus, +quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et+ qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum +simplorum+ fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed +duplos fructus et+ eos, quos percipi oportuisset, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. +Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, + ex eo, * quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna. [[Addimus etiam, ut inpensas sumptusque liti re ad finem deducta petitoribus praestent...*[77]

La costituzione del 369 d. C., diretta al *praefectus urbi* Olibrio[78], assume un ruolo importante nella storia della restituzione dei frutti. Si tratta, infatti, di una vera e propria riforma dell'intera problematica. Ciò è reso possibile dalla natura *extraordinaria* della rivendica, retta da regole maturate nella prassi del processo provinciale. È questo un dato comune al rescritto dioclezianeo tramandato in C. 3, 32, 22. La differenza saliente è la riforma che la costituzione contiene, introducendo una *poena* nel *duplum* del valore dei frutti[79].

L'*invasor alienae rei praedove* è il possessore di mala fede, e il *qui post conventionem rei incubarit alienae* della prima parte, reso nella seconda come

[77] Gem. C. 7, 51, 2: +*omissis*+; *<ex>; [[fin.

[78] Sulla prefettura urbana di Olibrio vd. *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, a cura di F. Pergami, Milano (1993), p. XVI, p. 393, p. 447.

[79] Di «eine Art Strafe» parla M. Kaser, *Das römische Privatrecht* cit., II, p. 293.

qui simpliciter tenet, è il possessore di buona fede[80]. Le giuste osservazioni sul senso da dare all'*incubare* avallano ulteriormente questa lettura[81].

La costituzione stabilisce che sia il possessore di mala fede, sia il possessore di buona fede non sono tenuti soltanto alla restituzione della cosa, né semplicemente a prestare il valore dei frutti o esclusivamente il valore di quelli *percepti*, ma devono corrispondere il doppio del valore dei *fructus percipiendi*. La differenza sarebbe nel termine *a quo*, in quanto l'*invasor praedove* li deve liquidare dal giorno iniziale della sua immissione nel fondo altrui, mentre *qui simpliciter tenet* è condannato al valore del doppio dei *fructus percipiendi* dal giorno in cui, portata dal rivendicante in giudizio la controversia, acquisisce la consapevolezza del possesso ingiustificato (... *scientiam malae possessionis accepit*)[82].

La costituzione continua riconoscendo stesso destino ai successori di entrambi i possessori e imponendo ai soccombenti le spese processuali.

Antistoriche sono a mio avviso le interpretazioni che ipotizzano una continuità della *duplio fructus* dalle XII Tavole fino a Giustiniano. Essa verrebbe eliminata nelle fonti classiche dalla riforma giustinianea (C. 7, 51, 2)[83]. Una simile lettura delle fonti a nostra disposizione disconosce la complessità e varietà delle forme della rivendica nel processo civile romano. In particolare, come si è già visto, la *reivindicatio* con *formula petitoria* non conosce

[80] Vd. A. PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 394 n. 4; U. RATTI, *Dupli fructus* cit., p. 424 ss.; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 470; D. DAUBE, *The Restoration of Fruits by the* bona fide possessor cit., in *Cambr. Law Journ.* 9 (1945), pp. 31 ss., ora in *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main (1991), pp. 139 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit., p. 229; M. KASER, *Restituere*[2] cit., p. 13; ID., *Vindicia falsa* cit., p. 47 ss.; ID., *Das römische Privatrecht* cit., II, p. 293; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 24-25 e n. 39; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., pp. 28-29.

[81] D. DAUBE, *The Restoration of Fruits* cit., pp. 142 ss.

[82] Il tentativo di cogliere una differenza sostanziale tra *qui post conventionem rei incubarit alienae* (un particolare tipo di possessore di mala fede) e *qui simpliciter tenet* (possessore di buona fede) mi sembra superato dalle precisazioni del DAUBE, *The Restoration of Fruits* cit., pp. 147-148. Il GRADENWITZ, *Contamination im* Theodosianus?, in BIDR. 37 (1929), pp. 231-238 ipotizzava invece una «contaminazione» del testo originario della costituzione del 369 (CTh. 4, 18, 1) nella formazione del titolo del teodosiano, per quanto riguarda la parte del possessore di buona fede, in base al richiamo dei soli *malae fidei possessores* nella cost. del 380 (CTh. 4, 19, 1). Tale richiamo può al contrario spiegarsi in base all'*«ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo [*sc. *die], quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit»* di CTh. 4, 18, 1.

[83] P. PETOT, *Fructus duplio* cit., pp. 211 ss.

una sanzione della *duplio fructus*[84]. La stessa costituzione del 380 d. C. di Graziano, Valentiniano e Teodosio (CTh. 4, 19, 1 vd. *infra*), qualifica la costituzione di CTh. 4, 18, 1, sulla condanna *in duplos fructus* dei possessori di mala fede, come una riforma imperiale (*quod a nobis... est introductum*) pensata seguendo l'*exemplum aequabile* preso «dalle formule del diritto arcaico» (*ex iuris prisci... formulis*)[85]. Emerge nella cancelleria la consapevolezza di un distacco storicamente netto tra la riforma del 369 d. C. e l'esempio della *duplio fructus* tratto dal diritto antico.

Si tratta in realtà di una riforma dettata da ragioni di politica imperiale coerente ai tempi di grave insicurezza dei possedimenti e di facili prevaricazioni[86].

B. *Le* usurae in duplicium centesimarum *e l'analogia coi* dupli fructus *CTh. 4, 19, 1*

C. Th. 4, 19, 1 (380 Iun. 17)
Imppp. Grat(ianus), Valenti(nianus) et Theod(osius) AAA. Eutropio p(raefecto) p(raetori)o
Qui post iudicii finem exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum nonnumquam est concessa dilatio, moram adferent solutioni, a die patrati iudicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum conveniantur usuras, extrinsecus scilicet medietatem debiti, de quo litigatum est, sicut prius constitutum est, inferentes, usque in id tempus, quo debitum solutione diluerint. quod a nobis exemplo aequabili ex iuris prisci est formulis introductum, ut, quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aeque malae fidei debitores simile damni periculum persequatur...

[84] Su D. 22, 1, 19 pr. vd. *supra* pp. 59 ss. Nel senso qui seguito, M. KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 51 sg.; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., p. 23 n. 38; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 22 n. 119 (continua da p. 21).

[85] È questa la ricostruzione critica del testo di CTh. 4, 19, 1 più corretta (così appunto M). Il PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 349 n. 4 preferisce seguire la lezione del Codice *Wallersteinensis* (*ex iuris priscis... formulis*). Non c'è dubbio che sia la si intenda «dalle antiche formule del diritto» che «dalle formule del diritto antico», difficilmente si richiama così la costituzione di 11 anni prima tramandata in CTh. 4, 18, 1. Le *iuris prisci formulae* da cui si trae l'*exemplum aequabile* dei *dupli fructus* fanno pensare più all'*agere in rem per sponsionem* e al *lege agere sacramento in rem*. È improbabile, infatti, dopo soli 38 anni dal divieto di Costanzo e Costante (C. 2, 57, 1), che la cancelleria imperiale qualifichi la *formula petitoria* una *iuris prisci formula*.

[86] M. KASER, *Vindicia falsa* cit., dopo un riesame approfondito, conclude per «besondere legislativpolitische Gründe», p. 52.

Qui si fa riferimento alle *usurae rei iudicatae*[87]. Decorsi due mesi inutilmente dal giudicato, il vincitore della lite ha diritto ad ottenere come pena dall'avversario, oltre alla *medietas debiti*[88], il doppio delle *centesimae* (24 %) della somma dovuta.

Non mi sembra che tale costituzione confermi una perdita di significato della distinzione tra *vindicatio* e *actio in personam* nell'età postclassica[89].

Ciò che in questa ricerca è importante sottolineare è la consapevole analogia (... *aeque*...) che si instaura tra la *duplio fructus* in materia di rivendica *extraordinaria* e l'*in duplicium centesimarum usuras convenire*. L'analogia è di trattamento e non di nozione, in base al comune presupposto della malafede. Da un lato quella dei *possessores*, d'altro lato quella dei *debitores*, ai quali si accollerà un *simile damni periculum*.

Ciò non toglie che la costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio consideri i frutti e gli interessi pecuniari concetti che partecipano della stessa natura, in termini di reddito periodico che la cosa può dare.

C. *Osservazioni di natura sistematica sul* Codex Theodosianus *CTh. 4, 18 e 4, 19*

I redattori del CTh., avvicinando i due titoli «*De fructibus et litis expensis*» e «*De usuris rei iudicatae*», pongono in essere uno sforzo sistematico di un certo interesse. Se si collega infatti questo avvicinamento con la formazione di un titolo *ad hoc* CTh. 2, 33 *De usuris*, tale sforzo dimostra la necessità di cogliere l'analogia tra *fructus* e *usurae* in materia processuale. Ciò conferma una tendenza, già emersa nell'autore delle *Pauli sententiae*, attenta ad

[87] Si discute in dottrina se la costituzione tramandata in CTh. 4, 19, 1 sia una innovazione rispetto al diritto classico (così P. DE FRANCISCI, *Appunti esegetici intorno alle* usurae rei iudicatae, in *Saggi romanistici*, Pavia, 1913, pp. 67 ss.; più di recente B. SANTALUCIA, *Le note paoline ed ulpianee alle* quaestiones *ed ai* responsa *di Papiniano*, in BIDR. 68 [1965], pp. 62-63) ovvero la generalizzazione di un *privilegium fisci* (C. 7, 54, 1; così G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* usurae *cd. legali* cit., pp. 205 ss.; ID., *Sul divieto delle cd.* usurae supra duplum, in *Index* 2 [1971], pp. 292-293) ovvero la conferma di una regola maturata nella prassi della *cognitio extra ordinem* (così M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*[2] cit., p. 624 n. 7).

[88] Per il MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* cit., p. 514 saremmo di fronte ad un influsso della prassi greca relativa all'istituto dell'ἡμιόλιον.

[89] E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit., pp. 210 ss. e su CTh. 4, 18, 1 e 4, 19, 1 pp. 229 ss.; vd. a riguardo i dubbi sollevati da M. TALAMANCA, in BIDR. 79 (1976), p. 331 proprio in relazione alle due costituzioni.

accorpare problematiche attinenti agli interessi pecuniari sganciandole dal contesto originario dell'istituto giuridico interessato. Nel caso di CTh. la cosa è ulteriormente significativa perché si estende anche alla problematica dei *fructus*, ed altresì al suo rapporto con le *usurae*.

Come vedremo nel prossimo capitolo, questa attenzione di natura sistematica che coinvolge frutti e interessi è essenziale per comprendere la maturazione di un titolo onnicomprensivo nel Digesto giustinianeo (D. 22, 1).

D. *I* reditus fundorum iuris rei publicae *in due costituzioni del 370-371 e del 375 d. C.*

In due costituzioni di Valentiniano, Valente e Graziano, dirette una al proconsole d'Asia Eutropio nel 370-371 d. C. (FIRA I[2], n. 108, p. 511)[90], l'altra al proconsole d'Africa Costanzo nel 375 d. C. (CTh. 4, 13, 7)[91], si concede alle *civitates* di queste due province di trattenersi una quota dei «redditi» ricavati dal patrimonio immobiliare cittadino; secondo il *beneficium*

[90] *D. D. D. n. n. n. Auggg. Valentinia[nus, Valens,] Gratianus. Hab(e), Eutropi car(issim)e nobis. [Quod ex red]itibus fundorum iuris re[i publicae, quo]s intra Asiam diversis quibusque civitatibus ad instaurand[am mo]enium fac[iem... pr]o certis / [partibu]s habita aestimatione concensimus capere quidem urb[e]s singulas beneficii nostri uberem fructum et pro [temporum r]efers felici[tate nostror]um a foedo / [recentiu]m squalore ruinarum in antiquam sui faciem nova reparatione consurgere, verum non integram gra[tiam con]cessi ad [ur]bes singulas benefic[ii nostri / perv?]enire, si quidem pro partibus praestitis reditus civitatibus potius q[ua]m ips cun reditibus fundi fuerint restituendi et administrandi, idem reditus ab actoribus / pri<v>atae rei nostrae et diu miserabiliterque poscantur et vix aegr<a>eque tribuantur adque id quod amplius [ex i]sdem fundis super statutum canonem / colligatur...* (ll. 14 ss.) *Hac san(e) quia ratione plenissima, quot intra Asiam rei publicae / iu[g]a esse videantur cuiusque qualitatis quantumve annua praestatione dependant, mansuetudo nostra instructa [c]ognovit, offerendam experientiae tu[ae] / credidimus optionem, ut, si omnem hanc iugationem, quae est per omnem diffusa provinciam, id est sex milia septigenta triginta sex semis opim[a] / adque idonea iuga, quae praeter <VI milia> solidorum ad fixum semel canonem <tria> milia extrinsicus solidorum annua praestare referuntur, sed et septigenta tr[ia deserta] / et iam defecta [a]c sterilia iuga, quae p[e]r illa, quae idonea diximus, sustinentur, suscipere propria praestatione non abnuis, petitis maiestas nostra consen[tiat], s[c]ili[c]et u[t] arbitrio tuo per curias singulas omni iugatione dispersa retracto eo redituum modo, quem unicuique civitatum propria largitate concen[simus, / r]eliquam summam per officium tuum rei privatae nostrae inferre festines...*

[91] Idem [Imppp. Val(entini)anus, Val(ens) et Grat(ianus)] AAA. Ad Constantium proc(onsulem) Afric(ae): *Ex reditibus rei publicae o[m]niumque titulorum ad singulas quasque pertinentium c[ivita]tes duae partes totius pensionis ad largitiones nostras [perve]niant, tertia probabilibus civitatum deputetur expensis.* VII id. sept. mogontiaci p. c. Grat(iani) a. iii et equiti v. c. conss.

imperiale[92]. È significativo che a fronte delle rendite in danaro corrispettive probabilmente della concessione a privati del godimento e sfruttamento dei *fundi iuris rei publicae*, la cancelleria imperiale qualifichi tali rendite in termini rigorosi di *reditus* e non di *fructus*.

E. *Tendenze classiciste in una costituzione di Leone I* C. 1,2,14,4

> C. 1, 2, 14, 4
> Impp. Leo et Anthemius AA. Armasio pp.
> *... Praedia et in his omnia constituta ab ipsis clericis et temporalibus oeconomis cum fructibus seu pensionibus <et accessionibus;* om. R> *totius medii temporis vindicentur, ut tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.*
> D. Constantinopoli Iordane et Severo conss. [a. 470]

Questa costituzione di Leone I vieta l'alienazione dei beni ecclesiastici[93]. Il divieto prevede l'«inesistenza» dell'atto di alienazione (*pro infectis habenda*) in quanto *contra legem*[94]. Di qui la possibilità di esperire la rivendica *extra ordinem* nei confronti dell'«acquirente». L'intervento imperiale sembrerebbe dimostrare *a contrario* la maturata applicazione del principio *emptione dominium transfertur*[95].

È rilevante l'inciso «*praedia... cum fructibus seu pensionibus... totius medii temporis vindicentur*». Si fa riferimento sia ai frutti naturali che alle pensioni locative percepite dai fondi ecclesiastici nel *medium tempus*. Resta traccia di un'attenzione classicista al rapporto tra frutti e pensioni locative, non sciolto in un processo di identificazione. Essa è adeguata ad un sapere giuridico che è di nuovo in grado di cogliere le sfumature dei classici, quello in sostanza delle scuole d'oriente.

[92] Cfr. a riguardo R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et* res privata cit., pp. 652-653, e più in generale, pp. 648 ss., in rapporto al connesso problema della confisca dei *bona* delle *civitates*; vd. ora altresì M. SARGENTI, *Le* res *nel diritto del tardo impero*, in *Labeo* 40 (1994), pp. 317-318.

[93] Vd. a riguardo A. M. DEMICHELI, *La «megale ekklesia» nel lessico e nel diritto di Giustiniano*, Milano (1990), pp. 29 ss.; su cui G. LUCHETTI, Rc., in *Index* 21 (1993), p. 547.

[94] Di nullità preferisce parlare J. L. MURGA, *Nulidad y ilicitud en la enajenación de las* res sacrae, in AHDE. 41 (1971), p. 577-578; 580.

[95] Così ad es. F. GALLO, *Il principio* emptione dominium transfertur *nel diritto pregiustinianeo*, Milano (1960), p. 2 n. 1. Contrario a questa conclusione è ora W. ECKART VOSS, *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike*, Frankfurt am Main (1982), pp. 108-110.

F. *La nozione unitaria di «redditi» della* portio hereditatis *in una costituzione di Zenone* C. 6, 49, 6

> C. 6, 49, 6 Imp. Zeno A. Dioscoro p(raef.) p(raet.)
> pr. *Iubemus, quotiens pater vel mater, filio seu filiis, filia seu filiabus ex aequis partibus vel inaequis heredibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his aut quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suae superstiti seu superstitibus restituere, ut modis omnibus retenta quarta pro auctoritate Trebelliani senatus consulti, non per imputationem redituum, licet hoc testator rogaverit vel iusserit, sed in ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur.*
> ...
> 3. *Illud etiam admoneamus ea, quae de Falcidiae portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinenda...*
> PP. k. sept. Constantinopoli Eusebio cons. [a. 489]

Si è visto come Papiniano (D. 36, 1, 60 [58], 5; *supra* pp. 279 ss.) includesse nei *reditus hereditatis* frutti, interessi pecuniari e mercedi locative, e ne verificasse poi il rapporto con la *portio quadrantis*.

La costituzione di Zenone[96], diretta al prefetto al pretorio Dioscoro[97], vuole regolare ipotesi di fedecommesso reciproco tra fratelli e / o sorelle (con cui si aggira il divieto di *post mortem heredis, alium in locum eius heredem instituere*; Gai. II, 277), sottoposto alla condizione *si sine liberis decesserit*[98]. In questo caso, il *de cuius* vuole salvaguardare il patrimonio familiare per i discendenti, onerando il figlio (o la figlia) coerede, che *prior sine liberis decesserit*, di un fedecommesso col quale *portionem hereditatis suae restituere* ai fratelli (o sorelle) superstiti.

Nel caso s'avveri la condizione, l'imperatore impone di restituire la parte di eredità dell'onerato al fedecommissario, detratta la *quarta*, in cose eredita-

[96] Sull'imperatore vd. F. DÖLGER, *Zenon, oströmischer Kaiser*, in *Lexik. Theol. u. Kirche* X (1965), p. 1347; G. S. MARCOU, *Zenone (imperatore d'Oriente)*, in NNDI. XX (1975), pp. 1108-1112.

[97] JONES-MARTINDALE, *Prosopography* cit., 2, p. 367: *Diosc.* 5.

[98] Sulla costituzione vd. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dell'età del tardo impero*, in SDHI. 48 (1982), pp. 74-75. Non mi sembra emergano argomenti convincenti per dubitare della genuinità della costituzione, come al contrario fa E. ALBERTARIO, *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, in ZSS. 31 (1910) R.A. , p. 175 [= in *Studi* VI, p. 18]. Su questo tipo di disposizioni fedecommissarie vd. ora L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria* cit., pp. 55 ss.

rie e non ricorrendo ai *reditus* ricavati dall'originaria quota dell'eredità. È significativo che ciò venga imposto anche contro la volontà del defunto. In questo modo si accentua una salvaguardia del patrimonio ereditario che, alla morte del figlio senza prole, deve essere restituito ai fratelli fedecommissari in cose appartenenti all'originaria quota ereditaria. Si fa, quindi, divieto di adempiere al fedecommesso ricorrendo ai redditi acquisiti nel frattempo da essa.

In questa sede è significativo l'uso unitario che la cancelleria imperiale fa della nozione di *reditus*. Con «redditi» si sottintende tutti i proventi e i redditi che il figlio ha percepito dalle cose ereditarie incluse nella sua quota: frutti, mercedi locative ed interessi pecuniari. Si tratta di una costruzione unitaria fondata sulla nozione di reddito di una cosa che è coerente alla costruzione papinianea di D. 36, 1, 60 [58], 4-5, e che viene utilizzata dalla cancelleria orientale, al fine di imporre una certa modalità d'adempimento della disposizione fedecommissaria.

G. *Giurisprudenza tardo-occidentale*

Nel IV-V sec. in occidente viene meno, come è stato detto, la convinzione dell'attualità del sapere giuridico dei secoli precedenti e dei suoi «contenuti normativi (che richiedevano di essere adattati di volta in volta, nella concreta applicazione)»[99]. I maestri tardo-occidentali non seppero però rinnovare la dogmatica ereditata dal sapere classico, sebbene la sentissero lontana. Questa incapacità è il sintomo della crisi di una scienza, quella giuridica, che, a fronte della complessa e tecnicissima eredità classica, non può seguire la strada di un adattamento di essa mantenendone la coerenza (un po' per intenderci quello che invece realizza ancora la cancelleria diocleziana), né si allontana da essa in modo netto.

Di qui la via della «interpretazione» che «determinasse il valore che <il testo antico> aveva e i limiti della sua portata pratica»[100].

L'*Epitome Gai*, tramandata nel *Breviarium* senza *interpretatio*, agli occhi del codificatore visigoto ne incarna la natura rispetto alle *Institutiones*

[99] M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, pp. 61-62; Id., *Storia del diritto romano*[3] cit., p. 366.

[100] G. G. Archi, *L'*«epitome Gai». *Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano (1937), p. 62.

di Gaio[101]. L'importanza del confronto tra modello classico e opera tardo-occidentale è segnata non soltanto dalle differenze, ma, sebbene adoperando maggior cautela, dai silenzi o dalle continuità.

Rispetto alle prime, è già stato ben evidenziato in dottrina il confronto tra Gai. II, 14[102] e EG. II, 1, 2[103] in relazione alla distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*. A riguardo si è indicata una «difficoltà» del maestro tardo-occidentale «ad innalzarsi verso i problemi in cui l'astrazione predomina su quelli che sono i fenomeni concreti della vita pratica»[104]. Difficoltà che si rifletterebbe non soltanto nelle differenze riscontrabili in EG. in relazione alle obbligazioni (le *obligationes quoquo modo contractae* diventano quelle *de diversis contractibus scriptae*), ma altresì nell'assenza dell'*usus fructus* dalle *res incorporales*[105]. Il maestro tardo-occidentale non riuscirebbe, in sostanza, «ad isolare il *ius utendi fruendi* dal *fructus* come "reddito"... distinzione... che... regge la definizione ... in Gai. II, 14»[106].

Mi sembra che questa ipotizzata chiave di lettura dell'assenza dell'usufrutto dalle *res incorporales* in EG. sia avallata non soltanto da IP. 3, 9 [8], 9 (... *quod ei, qui usum acceperit, de fructibus non licebit*), ma altresì dall'ultimo inciso di PS. III, 6, 24: ... *fructus enim sine usu esse non possunt* (*supra* p. 350), probabilmente legato alla complessa storia testuale delle PS.

[101] Così G. G. Archi, *L'*«epitome Gai» cit., pp. 55 ss. (che ipotizza un anello intermedio, una parafrasi scolastica dell'opera gaiana, da cui deriva l'EG.); vd. altresì H. L. W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von* Gai Institutiones cit., pp. 123 ss.; sull'opera vd. anche D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien* cit., p. 176.

[102] *Incorporales, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem per<tinet, quod in hereditate res corporales con>tinentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, velut fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est.*

[103] *Praeterea quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales... Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae non in corpore, sed in iure consistunt, sicut est hereditas. Et obligationes de diversis contractibus scriptae. Et licet hereditas vel emptio aut diversi contractus res corporales in se habeant, ius tamen ipsius hereditatis vel emptionis aliorumque contractuum incorporale est.*

[104] G. G. Archi, *L'*«epitome Gai» cit., p. 227.

[105] Così M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, p. 72-73.

[106] M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., II, p. 73.

Rispetto alle continuità di natura concettuale o sul piano delle regole col diritto classico, mi sembra significativo il confronto tra Gai. II, 280[107] e EG. II, 7, 8 i. f. : *Praeterea et in hoc alia fideicommissorum et legatorum condicio est, quia fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur: legatorum vero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.* Il maestro tardo-occidentale accentua le differenze tra legati e fedecommessi (EG. II, 7, 8). Tra queste ricorda quella di origine classica, sul debito delle *usurae* in caso di mora. Dal punto di vista sostanziale è giusto dire che «la differenza di principio tra i due istituti è la medesima di quella segnalata da Gaio al § 280»[108]. Si coglie però una sovrapposizione che tradisce la natura della continuità concettuale.

La frase successiva a *legatorum vero usurae non debentur*, infatti, introduce una contraddizione. Mentre in Gai. II, 280, la *distantia* è segnata dal fatto che il ritardo nell'adempimento del legato non produce interessi di mora o, come preferisce Giuliano, li produce soltanto il legato *sinendi modo*, in EG. II, 7, 8 essa è fondata sulla *duplio* delle *usurae* in caso di mora nel legato *per damnationem*. In tal modo, pur a fronte di una continuità concettuale riscontrabile nell'*usurae et fructus*, mi sembra si stravolga la ragione classica della *inter fideicommissa et legata distantia.* Non si tratta più di equiparare, rispetto al trattamento giuridico da accordare alla mora nell'adempimento dell'onere imposto all'erede, frutti e interessi pecuniari nel caso del fedecommesso e nel caso dei legati di escludere la stessa equiparazione. La differenza riposa sul fatto che soltanto rispetto alla *mora solutionis* nel legato *per damnationem* si riconoscerebbe un raddoppiamento delle *usurae*. Si ha nella sostanza un ribaltamento del reciso e classicheggiante «*legatorum vero usurae non debentur*».

È difficile capirne la ragione. Non è possibile dire se la differenza dipenda dall'istituto coinvolto in quanto tale (fedecommesso: *usurae in simplum*; legato *per damnationem*: *duplio usurarum*), o da una diversa valenza tra il *tardius, quam scriptum sit, solvere* e la *mora solutionis*. Quest'ultima potrebbe evocare non semplicemente un ritardo nell'adempimento del legato, ma una *mora iudicati,* costruendo un legame con CTh. 4, 19, 1 [=*Brev*. IV, 17, 1] e la sua *interpretatio* visigotica.

[107] Gai. II, 280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

[108] G. G. Archi, *L'*«epitome Gai» cit., p. 362.

Dal punto di vista di questo lavoro, poi, la tendenza concettuale a mantenere distinti *usurae et fructus* assume un'importanza se vogliamo rafforzata, dato che, agli occhi nel maestro tardo-occidentale, la *distantia inter fideicommissa et legata* non era più fondata, rispetto all'ipotesi in esame, su una diversità di regime tra restituzione dei frutti e debito degli interessi nei fedecommessi e nei legati, ma su una differente modalità di questo debito.

La natura delle *interpretationes* tramandate nel *Breviarium* è discussa. Esse per altro non si lasciano imbrigliare entro una lettura unitaria dal punto di vista temporale, né da quello degli scopi (scolastici, pratici ecc.)[109]. Per quanto riguarda il tema qui affrontato, esse non apportano contributi, salvo confermare quel giudizio già espresso su una difficoltà oggettiva di comprendere la regola classica tramandata nell'opera interpretata. Esempio già visto a riguardo è IP. III, (8) 9.

4. *La grande importanza pratica di unificare in una trattazione unitaria le regole giuridiche relative alle* usurae *e ai* fructus *e il contributo di natura sistematica degli anonimi giuristi dell'età postclassica che presiedono alla compilazione dei corpora normativi*

Una chiave di lettura dell'epoca postclassica è possibile soltanto se ci si pone in una prospettiva articolata, nella quale singoli indizi e lontane eco restano un po' fili slegati di una realtà complessa, difficilmente adatti a costituire una qualsiasi trama.

Salvo C. 7, 51, 1, infatti, sul quale il giudizio è rimasto sospeso, e che comunque semmai rappresenta l'ultimo contributo del sapere giuridico classico, bisogna convenire con la conclusione di Kaser: la giurisprudenza tardoantica non ci ha lasciato una *theoretischen Erfassung* del concetto di frutto.

[109] Vd. a riguardo, fondamentale, F. Wieacker, *Lateinische Kommentare zum* Codex Theodosianus, in Symbolae Friburgenses in honorem *O. Lenel*, (1933), pp. 264 ss.; G. G. Archi, *L'*«Epitome Gai» cit., pp. 65 ss.; J. Gaudemet, *Institutions de l'antiquité*, Paris (1982²) pp. 748 ss.; H. Schellenberg, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, Göttingen (1965); M. Talamanca, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità,* Roma (1985), pp. 63 ss.; con puntuali precisazioni sulla tesi del Wieacker D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien* cit., pp. 175-176; vd. ora anche R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino (1991²), pp. 52 ss.; N. Kreuter, *Römisches Privatrecht im 5. Jh. n. Chr. Die* Interpretatio *zum westgotischen* Gregorianus *und* Hermogenianus, Berlin (1993).

Ciò non toglie che le problematiche ruotanti intorno ai frutti e ad altri proventi abbiano subìto profondi cambiamenti. Si pensi soltanto alla restituzione dei frutti ed alla tendenza ad unificare le questioni attinenti alla restituzione dei frutti *ante litem contestatam* con quelli processuali, di pari passo alla centralità della rivendica *extraordinaria* e alle regole che la prassi provinciale a riguardo maturava (cfr. C. 3, 32, 22 Diocl. et Max. a. 194; CTh. 4, 18, 1 Valent. et Valens a. 369).

Dal punto di vista più strettamente teorico, mi sembra che il contributo dei giuristi postclassici si esprima più attraverso gli strumenti della sistematica che della elaborazione terminologico-concettuale. Essi rompono quella griglia entro la quale le problematiche dei frutti e degli interessi pecuniari rimanevano sempre circoscritte in età classica, costruendo entro i *corpora* tardoclassici titoli specifici che trattino per la prima volta delle *usurae* o dei *fructus* in modo unitario. Significativa è la linea di continuità tra PS. II, 14 *De usuris*, CTh. 2, 33 *De usuris*, CTh. 4, 18 *De fructibus et litis expensis* e CTh. 4, 19 *De usuris rei iudicatae*. Questo sforzo sistematico che ritorna è fondamentale per comprendere la costruzione di un titolo sui frutti, insieme alle *usurae,* in D. 22, 1.

Esso, poi, risponde alle esigenze della pratica, nella quale si tende ad estendere la nozione di frutto a qualsiasi reddito ricavato dalla cosa *ex natura* o *ex iure*. Questa tendenza della pratica non trova, però, che eccezionalmente un seguito nel sapere giuridico della cancelleria imperiale e mai nella scuola.

CAPITOLO IX

LA CODIFICAZIONE GIUSTINIANEA E IL *NOMEN FRUCTUUM*

SOMMARIO: 1. La riacquisizione da parte delle scuole orientali di una rigorosa nozione di frutto mutuata dal sapere giuridico classico e la costituzione del 530 in materia di *actio rei uxoriae* C.5,13,1. 2. L'importanza del titolo 22,1 dei *Digesta* e centralità della costruzione ulpianea tra frutti e cose che assumono le veci dei frutti per il diritto. 3. Le *significationes* e le *regulae* prescelte dai compilatori per i titoli D.50,16 e D.50,17 si dimostrano coerenti con la nozione di frutto delineata in D.22,1. 4. Nelle *Institutiones Iustiniani*, il problema dell'acquisto dei frutti conferma l'esistenza di una discussione tra i commissari in rapporto alle contrapposte regole classiche I.2,1,35-38. 5.Anche nelle Novelle di Giustiniano è tramandata una nozione rigorosa di frutto, sebbene emerga una tendenza della prassi a considerare frutto di una cosa qualsiasi reddito periodico di essa. 6. Gli *antecessores* del VI-VII sec. d. C. si sforzano di rendere coerenti le antinomie individuate nella compilazione, accedendo alla nozione rigorosa di frutto. 7. La nozione unitaria di frutto tramandata dal *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano e le antinomie presenti in esso come elementi suscettibili di sviluppo nella tradizione romanistica

1. *La riacquisizione da parte delle scuole orientali di una rigorosa nozione di frutto mutuata dal sapere giuridico classico e la costituzione del 530 in materia di* actio rei uxoriae *C. 5, 13, 1*

Al primo novembre del 530 risale la lunga costituzione di Giustiniano (C. 5, 13, 1) in materia di *actio rei uxoriae*, diretta *ad populum Constantinopolitanae et universos provinciales.* Siamo a più di un anno dal *Novus Codex*, in tempi nei quali è già maturato il progetto grandioso di Triboniano di *tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere*, considerato fino a poco tempo prima dallo stesso Giustiniano *res difficillima, immo magis impossibilis* (cost. *Deo auctore* § 2 del 15 dicembre del 530)[1].

[1] Sulla maturazione del progetto relativo ad un'opera unica che raccogliesse il pensiero giurisprudenziale classico, vd. F. PRINGSHEIM, *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, in *Atti del Congr. Intern. di D. R.,* Roma, I (1934), pp. 449 ss. [= in *Gesammelte Abhandlungen*, 2, pp. 41 ss.]; P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione* cit., in BIDR. 77

Si tratta della riforma inerente l'*actio rei uxoriae*, «*in ex stipulatu actionem transfusa*» (C. 5, 13), che porterà poi nei *Digesta* alla generale eliminazione dell'azione classica dalle opere della giurisprudenza[2]. La costituzione si preoccupa in particolare di coordinare la riforma al trattamento, precedentemente differenziato, di *totum ius rei uxoriae* (C. 5, 13, 1 pr.).

Di qualche interesse in questa sede è la restituzione dei frutti della dote nell'ultimo anno di matrimonio: si impone al marito il pagamento fino al 4% degli interessi annui (*usque ad tertiam partem centesimae*) sulla stima del valore complessivo di tutti i beni mobili, di quelli *se moventes* o incorporali; la restituzione di tutti i *fructus* degli immobili in proporzione all'ultimo anno dotale, ed in misura simile (*similique modo*) la restituzione delle pensioni locative, dei noli delle navi o dei cavalli, delle opere degli schiavi, dei lucri delle *annonae civiles* e di «ogni altro <lucro> che sia a questi simile» (C. 5, 13, 1, 7b)[3].

La corrispondenza terminologica con Ulpiano (D. 5, 3, 27-29) nell'indicare i vari possibili redditi è significativa, tanto più se si accede all'ipotesi interpretativa di un inserimento senza modifiche della costituzione del novembre del 530 nel *Codex repetitae praelectionis* del 534[4].

(1974), p. 229; accentuando il ruolo che Triboniano ha avuto nel superamento dell'iniziale scetticismo per la realizzazione dei *Digesta*, A. Guarino, *La compilazione dei* Digesta Iustiniani, in *Studi Scherillo*, II, pp. 717-719; T. Honoré, *Tribonian*, London (1978), pp. 51-52; 140 ss.; M. Bianchini (a cura di), *Appunti su Giustiniano e la sua Compilazione*, Torino (1983), pp. 16 ss.; R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*, Bologna (1985[4]), pp. 24 ss.

[2] L. Tripiccione, *L'*actio rei uxoriae *e l'*actio ex stipulatu *nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano*, (1920), pp. 126 ss. (*n.v.*); A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der* actio rei uxoriae cit., p. 1; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* cit., II, p. 191. Ne accentua l'importanza per comprendere il rapporto tra diritto e azione nel sapere giuridico giustinianeo G. Provera, *Lezioni sul processo civile giustinianeo*, Torino (1989), p. 140. Sul problema della restituzione della dote in età giustinianea vd. ora F. Goria, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustinianea: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*, Napoli (1994), pp. 205 ss. In rapporto alle Istituzioni di Giustiniano cfr. ora G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano (1996), pp. 185 ss.; 540 ss.

[3] *Sin autem supersederit res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

[4] G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle di Giustiniano*, Napoli (1984), p. 53.

Si vuole regolare unitariamente, sotto il profilo del trattamento giuridico, ipotesi concettualmente distinte e nello stesso tempo suscettibili di estensione analogica (... *et aliis quae sunt eis similia*). Ciò va collegato, a mio avviso, con quanto la costituzione viene a dire poco più avanti.

Gli estensori di essa infatti si soffermano sugli elementi giuridici comuni alle due azioni. Tra questi vi è da un lato la spettanza alla moglie, anche in costanza di matrimonio, dei *partus* delle schiave dotali non *aestimatae* e degli acquisti degli schiavi dotali, per qualsiasi causa, salvo che per gli acquisti *ex re mariti vel operis suis* (C. 5, 13, 1, 9a)[5].

D'altro lato la spettanza al marito, *pro tempore matrimonii*, dei nati dagli animali e di *omnia quae fructuum nomine continentur* (C. 5, 13, 1, 9b).

Di nuovo una costruzione che tradisce uno sforzo interpretativo relativo alla nozione di «frutto». Si tratta di un modo di esprimersi generalmente estraneo alla giurisprudenza classica e che ritorna soltanto, con tutti i problemi già sopra segnalati, nel rescritto dioclezianeo che apre il titolo *De fructibus et litis expensis* del *Codex repetitae praelectionis* (C. 7, 51, 1). Esso indica un grado di astrazione che separa consapevolemente il concetto giuridico dalle cose che vi si ascrivono, senza per questo che si perdano i confini semantici del segno[6]. A riguardo è infatti significativa la sua distinzione con i *partus ancillarum*.

Se si concorda nel ritenere la costituzione come tramandata nel *Codex* del 534 non modificata nel suo originario tenore letterale, allora bisogna dedurne che già prima di iniziare il lavoro di compilazione dei *Digesta*, la miglior cultura giuridica del tempo possedesse una precisa nozione giuridica di frutto, sostanzialmente non alterata da concezioni meno rigorose che abbiamo visto essersi delineate nella prassi. Ciò coinvolgerebbe, di conseguenza, il tipo di lavoro svolto dalle commissioni nel vaglio e nell'escerpimento del materiale classico, perché presupporrebbe, fin dall'inizio, una matura dogmatica riflessa poi in precise strategie compilatorie.

Nel caso in cui, invece, si ipotizzi una riscrittura del testo della costituzione del 530 nel *Codex repetitae praelectionis* del 534, una volta cioè terminati i *Digesta*, si potrebbe pensare all'influenza della dogmatica riacquisita e perfezionata attraverso il lavoro svolto per essi.

[5] In relazione al *partus ancillae* vd. M. Kaser, *Partus ancillae* cit., pp. 161-162; J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., p. 111 n. 50.

[6] Si tratta di un'espressione che non sembra limitarsi ai frutti periodici, come voleva L. von Petražycki, *Die Fruchtvertheilung* cit., p. 13, in base a C. 5, 13, 9c (*novissimi anni fructus pro rata temporis portine...*); vd. la giusta critica del Leonhard, Rc., in ZSS. 14 (1893), p. 277.

Propendo più per la prima ipotesi, sebbene si tratti di questione di congetture, in quanto la costruzione *nomen fructuum* non ricorre in D. 22, 1 né in tutti i *Digesta*. Essa, semmai, a non voler seguire l'ipotesi da me proposta in relazione al rescritto dioclezianeo ora in C. 7, 51, 1, poteva forse essere letta nel *Codex* del 529 e quindi rappresentare una chiave di sviluppo interpretativo rispetto al diritto della giurisprudenza classica, concezione riacquisita nelle scuole orientali di diritto del V-VI sec.

Mi sembra però che il *nomen fructuum* della costituzione giustinianea del 530 esprima la concezione che le scuole d'oriente hanno già maturato nello studio delle opere classiche, che viene a suggellare la consapevolezza della profonda distanza tra frutti in senso naturale e nozione giuridica di frutto. E così facendo si stabilisce un legame di continuità e di sviluppo dogmatico ininterrotto col diritto classico, a cui dà il suo contributo anche il sapere giuridico di alto profilo che le scuole orientali del VI sec. nuovamente esprimono. La locuzione sarebbe stata integrata direttamente dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis* nel rescritto dioclezianeo prescelto ad aprire il titolo *De fructibus et litis expensis* di esso (C. 7, 51), unica innovazione, forse, rispetto allo stesso titolo del *Codex* del 529, costruito col materiale già raccolto nel titolo corrispondente del *CTh.* (4, 18) e con le successive novelle (*Nov. Marc.* 1, 1, 7 = C. 7, 51, 4), a cui si aggiungono due costituzioni di Zenone ed Anastasio. Essa, invece, non avrebbe trovato espressione diretta nei *Digesta*, salvo non intravederla implicitamente[7] nella più complessa opera di costruzione dei titoli, di escerpimento e spostamento di frammenti classici.

2. *L'importanza del titolo 22, 1 dei* Digesta *e centralità della costruzione ulpianea che distingue frutti e cose che fanno le veci dei frutti per il diritto*

Si è visto nel precedente capitolo come nell'età postclassica sia percepibile lo sforzo di organizzare in modo nuovo nei *corpora* normativi di questo periodo le problematiche giuridiche inerenti alle *usurae* (*De usuris* PS. II, 14; CTh. 2, 33) e ai frutti processuali (CTh. 4, 18 *De fructibus et litis expensis* collegato a CTh. 4, 19 *De usuris rei iudicatae*). A riguardo, lo stesso *Codex Iustinianus* del 534, seguendo forse in materia il *Codex* del 529, mantiene i titoli del teodosiano (C. 4, 32 *De usuris*; C. 7, 51 *De fructibus et litis expensis*;

[7] Essa potrebbe essere evocata, altresì, dall'*appellari* in D. 50, 16, 77; su cui vd. *supra* pp. 219 ss.

C. 7, 54 *De usuris rei iudicatae*), aggiungendo il significativo titolo *De usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum* C. 6, 47 e tipicizzando le *usurae* pupillari (C. 5, 56). Tale sforzo ha coinvolto dapprima le *usurae* e poi anche, parzialmente, i *fructus*.

Ciò mi sembra significativo per comprendere la creazione di un titolo nei *Digesta*, che tratti in modo unitario delle questioni attinenti agli interessi pecuniari, ai frutti, alle *causae*, a tutte le accessioni e alla mora (D. 22, 1). La Rubrica di D. 22, 1 (*De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*) fa emergere, infatti, la tendenza ad accorpare concetti e problemi a questi afferenti sentiti come vicini, ma non sovrapposti, né confusi.

Si tratta di rispondere più ad esigenze della prassi o a tendenze teoriche della scuola? Posta in questi termini la questione, si può incorrere in uno schematismo che ne falsa il significato storico. Certo quando si manifesta ad es. nelle *Pauli Sententiae* e nel *Codex Theodosianus* la tendenza ad organizzare un discorso intorno alle *usurae* o ai frutti processuali, rompendo per così dire la tradizionale sistematica classica in relazione ad essi, si viene incontro ad esigenze che la pratica sentiva. Si offre la possibilità di accedere facilmente ad una serie di problemi, in particolare quelli relativi alle *usurae*, altrimenti di difficile ricostruzione nell'ampio materiale classico.

Nel caso però di D. 22, 1, questa esigenza trova nella riflessione teorica della scuola un concorrente elemento che conferma e rafforza questa tendenza. In essa, seguendo in questo filoni di pensiero già emersi nella giurisprudenza classica ed *in primis* nelle opere di *responsa* e *quaestiones* dell'età dei Severi, si esaminano insieme, senza confonderle, le questioni attinenti ai frutti, ad altri proventi, agli interessi pecuniari, alla *causa rei* e alla mora.

È quindi importante vagliare il lavoro delle commissioni, secondo l'ipotesi bluhmiana delle masse, verificando criticamente l'eventuale presenza di catene preesistenti di cui i compilatori abbiano fatto uso.

L'ordine delle masse in D. 22, 1 è PSEA. Bisogna chiarirne le ragioni. In base, infatti, alla cost. *Omnem* 4 (vd. altresì *Tanta* 5), secondo una necessaria integrazione proposta dal Krüger[8], sappiamo che il libro 22 dei *Digesta* rientrava, insieme al 20 e al 21, nei *libri singulares* oggetto di studio nel

[8] Il KRÜGER, infatti, in base all'altrimenti incongruo «*et hos tres libros*» della costituzione, dopo aver menzionato soltanto il *liber singularis ad hypotecariam formulam* (D. 20) e il *liber singularis, quem ad edictum aedilium et de redhibitoria actione et de evictionibus nec non duplae stipulatione composuimus* (D. 21), ipotizza la caduta del richiamo al libro 22.

terzo anno. Prima della riforma giustinianea[9], era questo l'anno dei *Papinianistae*, così chiamati proprio per l'importanza che rivestiva la lettura dei *responsa* del giurista classico. Giustiniano conferma l'appellativo, precisando però che gli studenti, in base al lavoro svolto dai commissari, avrebbero attinto *ex omni corpore* delle opere del giurista classico, non più soltanto dai diciannove libri di responsi, ma anche dai trentasette libri di questioni, dai due libri di definizioni, dal libro sull'adulterio. Poco oltre l'imperatore giustifica, per così dire, l'eccentrico «ordine delle masse» nel libro venti dei *Digesta* proprio in relazione alla tradizione didattica del terzo anno di studio.

Questa spiegazione potrebbe estendersi a D. 22, 1? In sostanza, aver assunto P come iniziale, è conseguenza di una consapevole valutazione del materiale classico posseduto, oppure è un adeguamento collegato al programma di studi connesso alla compilazione? A mio avviso, contro una sicura influenza di quest'ultimo fattore sull'ordine delle masse in D. 22, 1, sta la specificità del richiamo fatto in cost. *Omnem* 4, confermata indirettamente dalla sovrapposizione dell'ordine delle masse in D. 20, 1 (PSESEPA). Si tenga altresì conto come nei titoli successivi del libro 20 e nel successivo libro 21, P non è più la massa iniziale.

La scelta di iniziare da P in D. 22 è condizionata, quindi, dalla complessa e penetrante riflessione sulle *usurae* presente nella vasta opera del giurista severiano. In questa massa, peraltro, vengono anche escerpiti frammenti dall'opera monografica di Paolo *De usuris* (D. 22, 1, 17 pr. -8).

All'interno delle masse, l'ordine dei frammenti, secondo l'ipotesi bluhmiana, è rispettato abbastanza scrupolosamente[10]. I frammenti escerpiti

[9] H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécesseurs*, Leiden (1970), p. 8; G. G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'imperatore Giustiniano - Storia e mito, Giornate di studio Ravenna 1976*, cito da *Scritti*, III, pp. 1903 ss.; M.G. BIANCHINI (a cura di), *Appunti su Giustiniano e la sua Compilazione* cit., pp. 54-57; N. VAN DER WAL- J. H. A. LOKIN, Historiae iuris Graeco-Romani delineatio. *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen (1985), pp. 38-39.

[10] Tale ordine dei frammenti nei titoli è stato ipotizzato dal BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten* cit., in *ZGRw.* 4 H. 3 (1820), pp. 257 ss. [= *100. Jahre Bürgerliches Gesetzbuch. Pandektenrecht* 43, Goldbach (1997)] in base a D. 50, 16 e D. 50, 17. Vd. ora un riesame della questione in D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano (1987), pp. 5 ss. Rispetto a questa ipotesi, in D. 22, 1 non rispetterebbero l'ordine: il fr. 18 in P, «apposto» al fr. 17; ed il fr. 46, «coda» di E. A questi andrebbe aggiunto il fr. 37, ritenuto testo trasposto nella massa (E) alla quale appartiene, A. M. HONORÉ, *The Editing of the Digest Titles*, in ZSS. 90 (1973) R. A., p. 285. Non lede l'ordine, invece, il fr. 49, dal terzo libro della serie-*Iavolenus* dell'epitome dei *Posteriores* di

dalla commissione incaricata a spogliare le opere di P, così come quelli tratti dalle opere appartenenti a S, non sembrano peraltro accentuare, nella scelta operata dalle commissioni, una consapevole presa di posizione rispetto alla nozione giuridica di «frutto» ed al connesso problema posto dal rapporto tra forme di reddito *ex negotiatione* e *fructus*.

Ciò mi sembra si possa collegare con una constatazione relativa all'ordine dei frammenti nelle masse. Rispetto al titolo qui esaminato, si può ritenere sicura l'assenza di catene preesistenti di testi giurisprudenziali a fini didattici utilizzate dai commissari giustinianei[11]. Il che peraltro è coerente alla costruzione *ex novo* dei *libri singulares* nei *Digesta* (D. 20, D. 21 e D. 22), secondo cost. *Omnem* § 4[12].

D'altronde D. 22, 1 raccoglie i frammenti escerpiti dalle opere al vaglio delle commissioni in un ordine che non rispetta al suo interno, ad es. per ogni massa, né per l'intero titolo, gli argomenti elencati nella Rubrica. Ogni frammento esprime il collegamento tra loro delle problematiche come è tramandato dall'opera classica, o al massimo più frammenti si collegano tra loro per la forza attrattiva della problematica giuridica affrontata[13].

Labeone, che non è escerpito da S, come credeva Bluhme, ma da A; vd. ora HONORÉ, *Labeo's* Posteriora *and the Digest Commision* cit., in *Daube Noster* (1974), pp. 160 ss., D. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 117 ss.

[11] Sul problema, dall'ipotesi dell'ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto,* in *Conferenze per XIV centenario delle Pandette*, Milano (1931), pp. 285 ss. [= *Scritti di diritto romano*, II, pp. 315 ss.], la discussione è ancora aperta; vd. ad es., l'ipotesi articolata proposta dallo SCHIPANI, *Responsabilità* ex lege Aquilia cit., pp. 405 ss. in relazione a D. 9, 2; a cui *adde* A. M. HONORÉ-A. RODGER, *How the Digest commissioners worked*, in ZSS. 87 (1970) R. A., pp. 246 ss.; G. DIÓSDI, *Das Gespenst der Prädigesten*, in *Labeo* 17 (1971), pp. 187 ss.; C. ST. TOMULESCU, *On the activity of Justinian's Compilers*, in *Index* 2 (1971), pp. 139 ss.; A. GUARINO, *La compilazione dei* Digesta cit., pp. 717 ss.; F. WIEACKER, *Zur Technik der Kompilatoren*, in ZSS. 89 (1972) R. A., pp. 293 ss.; P. PESCANI, *Il piano del Digesto* cit., pp. 221 ss.; A. CENDERELLI, *Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, Milano (1983); D. PUGSLEY, *Justinian's Digest and the Compilers,* Exeter (1995).

[12] Constatazione questa che è peraltro riconosciuta, per quanto riguarda i libri 20-22 anche dai sostenitori dell'ipotesi dei predigesti; vd. V. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*

[13] P rispetta l'ordine di escerpimento in base all'ipotesi del Bluhme, secondo la progressione dei libri dell'opera classica, salvo L. 18 su cui vd. *supra* n. 10: L. 1: (pr.) *modus usurarum*; (1) *usurae* dovute dal socio per *conversio in usus suos* del danaro sociale; (2) *usurae rei iudicatae*; (3) *usurae pupillares*; L. 2: *causa praestari*; L. 3: (pr.) mora nei fedecommessi; (1) *causa praestari*; (2) fedecommesso *de residuo*; (3) sostituzione fedecommissaria; (4) mora in un fedecommesso di oro o argento lavorati; L. 4: (pr.) *fructus* e *partus ancillae* in un'*actio incerti ex stipulatu*; (1) *partus* e acquisti dello schiavo nel *iudicium ex empto*; L. 5 limite dei *boni mores*; L. 6: (pr.)

Conclusioni significative rispetto al lavoro delle commissioni possono trarsi da E. L'escerpimento di D. 22, 1, 34 ed il suo spostamento dall'originario contesto in materia di *hereditatis petitio* (libro quindicesimo *ad edictum* di Ulpiano), assume un significato centrale nell'operare di questa commissione. La L. 34, infatti, pur successiva all'attuale D. 22, 1, 37 (Ulp. l. 10 *ad ed.*) nell'ordine dell'escerpimento secondo l'ipotesi del Bluhme, è il frammento che apre E nel titolo 22, 1 e quindi assume agli occhi di questa commissione un ruolo strategico. La catena dei fr. 34 (Ulp. 15 *ad ed.)*, 35 (Paul. 57 *ad ed.)*, 36 (Ulp. 61 *ad ed.)* esplicita sul piano dell'ordine dei frammenti in E una linea interpretativa tesa a collegare *usurae, fructus* e *pensiones*.

quaestio usurarum in un'*actio de in rem verso* nei confronti dell'erede; (1) *usurae dotis* richieste dal fisco alla figlia del fallito; L. 7: *usurae* e *mora accipiendi*; L. 8: *fetus* e *fructus post moram* in un fedecommesso di cavalli; L. 9: (pr.) *usurae supra modum*; (1) *stipulatio usurarum*; L. 10 *partus* e restituzione processuale; L. 11: (pr.) *usurae graviores ex consuetudine*; (1) *usurae rei publicae*; L. 12 *usurae graviores* in un accordo calato in una *stipulatio*; L. 13 (pr.) *usurae promissae* e *usurae minores moribus praestatae*; (1) *pecunia otiosa* e *usurae quae officio iudicis praestantur* nel mandato e nella *negotiorum gestio*; L. 14: (pr.) *partus ancillae* e mora nell'adempimento del fedecommesso; (1) *partus ancillae* e sostituzione fedecommissaria dell'eredità *sine reditu*; L. 15 *usurae fructuum*; L. 16: (pr.) *usurae liberalitatis in rem publicam*; (1) *usurae pretii*; L. 17: (pr.) *usurae graviores*; (1) rescritto del *Divus Pius*; (2) *omne emolumentum* e *usurae*; (3) mora nell'adempimento del fedecommesso e pupillo onorato senza tutore; (4) *usurae ex mora* nella locazione; (5-6) privilegî fiscali in materia di *usurae*; (7) privilegi dei *redemptores* in materia di *usurae*; (8) *usurae* imposte dal preside della provincia; L. 18*: (pr. -1) *usurae pretii*; L. 19: restituzione processuale dei frutti e rivendica con formula petitoria.

S rispetta sempre l'ordine dei frammenti secondo l'ipotesi bluhmiana: L. 20: *usurae illicitae*; L. 21-22-23-24: *mora*; L. 25: acquisto dei frutti da parte del possessore di mala fede, di buona fede, dell'usufruttuario ecc.; L. 26: *fructus fundi* e *venatio*; L. 27 *mora* e *ius successionis*; L. 28: (pr.) *fructus pecudum* e *fetus*; (1) *partus ancillae* e *fructus*; L. 29 *usurae supra modum*; L. 30: *usurae ex pacto*; L. 31: *modus certus usurarum*; L. 32: (pr. -1) mora; (2) *usurae ex mora*; (3-5) mora; L. 33: (pr. -1) *usurae ex pecunia publica*.

E, salvo l'inversione operata in L. 34, 35 e 36, rispetta l'ordine dell'escerpimento secondo il numero progressivo dell'opera classica. L. 34: *usurae* e *fructus*; L. 35: *usurae*; L. 36: *pensiones*; L. 37: *usurae* nell'*actio negotiorum gestorum contraria*; L. 38: (pr. -16) restituzione processuale dei frutti; L. 39: *fetus* dei cavalli oggetto di fedecommesso e mora dell'onerato; L. 40 *usurae* dovute dal creditore pignoratizio; L. 41: (pr.) *usurae pupillares* e appello; (1) *usurae* e mora; (2) *usurae ex chirographo*; L. 42 *fructus* del fondo oggetto di fedecommesso; L. 43: *usurae non in stipulatione deductae*; L. 44: *usurae poenales* e *modus usurarum*; L. 45: acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede; L. 46*: *fructus deductis impensis intellegitur*.

Da A provengono gli ultimi tre frammenti; su L. 49 vd. *supra* n. 10: L. 47: mora; L. 48: *fructus* e usufrutto; L. 49: *fructus rei* e *pignori dare licere*.

[D. 22, 1, 34] *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari... hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.* [D. 22, 1, 35] *Lite contestata usurae currunt.* [D. 22, 1, 36] *Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.*

D'altronde sempre da E si escerpisce e si sposta la regola di Q. Mucio contenuta nel commentario di Pomponio (*usura pecuniae in fructu non est*), inserendola nel titolo *de verborum significatione* (D. 50, 16, 121). Ciò significa che se da un lato all'*usurae vicem fructuum optinent* ulpianeo i giustinianei dànno un ruolo preciso nella sistematica del titolo 22, 1, d'altro lato esso non era inteso dalla commissione che l'aveva escerpito come espressione fondante di una identificazione tra 'frutti' e 'interessi'. Al contrario, la *significatio* propria di *usura* è vista nella regola muciana che *usura pecuniae in fructu non est*. L'equiparazione valeva soltanto sul piano del trattamento giuridico tra frutti e *usurae*. Lo stesso può dirsi in relazione alle pensioni locative in base al *pro fructibus accipiuntur* di D. 22, 1, 36, preferito all'identificazione paolina in D. 22, 1, 38, 13 (*in fructibus praediorum urbanorum*).

Ciò puo essere collegato con quanto emerge anche da P. In particolare il mancato inserimento in questo titolo di D. 6, 1, 62 pr., il frammento escerpito dal sesto libro *Quaestionum* di Papiniano (*nam etsi vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur*), la cui importanza non era certo sfuggita ai compilatori. Se, infatti, si tiene conto che dallo stesso libro dell'opera classica ed addirittura da un uguale contesto è escerpita la L. 2 di D. 22, 1, mi sembra che possa cogliersi una certa coerenza nel modo di comporre il titolo. In particolare un coordinamento tra le sottocommissioni che evita, quanto meno all'interno di uno stesso titolo, di giustapporre frammenti che esprimano concezioni dogmatiche contrastanti, e che diano vita ad indirizzi interpretativi confliggenti.

Mi sembra quindi che il lavoro delle commissioni esprima un disegno perseguito con una certa coerenza in D. 22, 1, il cui significato va sottolineato per il suo autonomo valore. Ad esso si possono poi affiancare le convergenti indicazioni che emergono dalle scelte dei frammenti in materia, destinati ai titoli D. 50, 16 e D. 50, 17.

3. *Le* significationes *e le* regulae *prescelte dai compilatori per i titoli D. 50, 16 e D. 50, 17 si dimostrano coerenti con la nozione di frutto delineata in D. 22, 1*

Si è anche di recente accentuata la difficoltà di comprensione per il moderno interprete della sistematica riflessa nei due titoli finali dei *Digesta*[14]. Tale complessità è condizionata da un lato dal tipo di lavoro svolto dalle commissioni, che questi titoli esemplarmente testimoniano[15], e d'altro lato da un modo di rappresentarci gli enunciati normativi in un sistema chiaro e coerente, che riposa sulle vicende che coinvolgono il sapere giuridico di tradizione romanistica nell'età compresa tra il giusnaturalismo e le moderne codificazioni.

La sopravvenuta meccanicità del lavoro di compilazione che questi titoli testimoniano sarebbe condizionata dalle vicende politiche che accompagnano l'ultimo anno di preparazione dei *Digesta*[16].

Peraltro si tratta di titoli che, sebbene non sembrino aver avuto agli occhi di Giustiniano stesso quell'importanza che si dovrebbe loro riconoscere da una prospettiva moderna[17], date le rubriche: *de verborum significatione* e *de*

[14] Propone una rilettura di D. 50, 16 secondo classi di *significationes*, M. MARRONE, *Le* significationes *di D. 50, 16* («De verborum significatione»), in SDHI. 60 (1994), pp. 583 ss.; per una contestualizzazione del titolo nell'ambito della tecnica definitoria e del significato di esso per la compilazione, vd. ora M. PENTA, *Note sul* liber definitionum *(D. 50, 16)*, in Fraterna munera. *Studi in onore L. Amirante* (1998), pp. 357 ss.

[15] Non è un caso che l'ipotesi bluhmiana abbia preso spunto proprio da D. 50, 16, D. 50, 17. Vd. a riguardo *supra* n. 10.

[16] Da ultimo sul problema vd. D. PUGSLEY, *Justinian's Digest* cit. Tengo altresì conto degli interventi nella discussione con l'A. successiva alla presentazione dell'opera presso l'Istituto di diritto romano e diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Università di Roma «La Sapienza»; su D. 50, 17 in relazione al simbolismo numerico, vd. ora R. KNÜTEL, *Christliche Zahlensymbolik im Digestenplan*, in ZSS. 113 (1996) R.A, pp. 422 ss..

[17] Giustiniano, infatti, non li menziona esplicitamente nella riforma degli studi introdotta con cost. *Omnem* §§ 2-5, pur ricordandoli nella elencazione fatta in *Tanta* §§ 2-8 (§ 8c *Cetera autem omnia, quae... vel significatione verborum veteribus inventa sunt quaequae regulariter definita, in sese recepit quinquagensimus, totius consummationis perfectus*), ed anzi dalla precisazione in *Omnem* § 5 (... *duabus aliis partibus, id est sexta et septima nostrorum digestorum, quae in quattuordecim libros compositae sunt* [ll. 37-50], *eis depositis, ut possint postea eos et legere et in iudiciis ostendere*) sembrano esserne formalmente esclusi. La funzione didattica che essi vengono però a svolgere nei decenni successivi (lo dimostrano a tacer d'altro gli scolii attribuibili agli *antecessores* del VI-VII sec. d. C.; vd. *infra* pp. 389 ss.), sarebbe la conseguenza di una loro sempre maggiore utilizzazione nella trasmissione del sapere giuridico, data appunto la loro capacità di fissare in sintesi termini-concetti e regole giuridiche. Non sfugge, però, ed è merito della PENTA, *Note sul* liber definitionum *(D. 50, 16)* cit., pp. 357 ss., averlo accentuato, che la

diversis regulis iuris antiqui, acquisiscono al contrario, ben presto, un ruolo centrale nella riflessione teorica degli *antecessores*, tale da imporne dal punto di vista sistematico lo spostamento all'inizio della codificazione macedone del IX sec. (B. 2, 2 e B, 2, 3)[18].

Rispetto alla tematica qui affrontata, sono significativi D. 50, 16, 77 (*frugem pro reditu appellari*), D. 50, 16, 121 (*usura pecuniae in fructu non est*) e D. 50, 17, 72 (=D. 22, 1, 49: *Fructus rei vel pignori dare licere*). Si tratta di testimonianze già esaminate in altri capitoli del lavoro, in relazione al giurista classico. In questa sede voglio coglierne l'importanza nell'àmbito della scienza giuridica giustinianea.

La «scelta» operata è, infatti, consapevole e fondata su una precisa concezione dogmatica. Mi sembra che proprio una lettura che colleghi la trama tessuta dai compilatori attraverso l'ordine dei frammenti nelle masse nella composizione di D. 22, 1, con la scelta di L. 77 e L. 121 in D. 50, 16 e L. 72 in D. 50, 17, evidenzi un discorso giuridico coerente.

In particolare, bisogna rilevare come le *significationes* di *frux* e di *usura* siano state escerpite entrambe da E, e che l'ampia nozione di frutto espressa dal *fructus rei vel pignori dare licere* non viene inclusa da S in D. 50, 16, ma svilendone la portata in chiave di significato concettuale, viene inserito tra le *regulae iuris antiqui* (D. 50, 17). Nuovamente è possibile cogliere un dato coerente nel modo di lavoro delle commissioni, riflesso in questo caso dallo spostamento del frammento labeoniano da un contesto a cui doveva più naturalmente afferire, quello delle *significationes*, a quello delle *regulae*, che riflette un certo coordinamento delle stesse (analogo all'omissione della costruzione papinianea, ora in D. 6, 1, 62 pr., in D. 22, 1, per non contraddire la costruzione realizzata da E).

finalità del *De verborum significatione* dei *Digesta*, a differenza dello stesso titolo del *Codex*, assume una più precisa connotazione se se ne coglie il rapporto «con l'intera massa dei frammenti raccolti nel Digesto» (p. 361), sebbene ciò possa non avere semplicemente la finalità di «un'operazione antiquaria», ma appunto quella di un tentativo di fissazione del lessico giuridico minimo, «selezionando» nel corso del lavoro di escerpimento le «'parole' con l'intenzione di recidere i collegamenti e la connessione tra le stesse *definitiones* e le originarie occasioni di elaborazione, per affermare la definitività e la stabilità dei significati prescelti» (p. 389).

[18] Sull'importanza di D. 50, 17 per il sapere giuridico giustinianeo e per la storia giuridica successiva, vd. P. STEIN, *The Digest Title*, De diversis regulis iuris antiqui, *and the General Principles of Law*, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (1962), pp. 75 ss. [= in *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London - Ronceverte (1988), pp. 53 ss.].

Rispetto alla definizione di *frugem pro reditu appellari* di D. 50, 16, 77, essa può legittimamente considerarsi espressione di cosa i giustinianei intendano per *fructus*, data la rilevata inesistenza nella «lingua greca parlata dai compilatori di due diverse parole per indicare i due termini [scil. *frux* e *fructus*], indistintamente tradotti con καρπός»[19].

A questa si adatta, come suo necessario completamento ai fini del discorso giustinianeo, l'esclusione dell'*usura pecuniae*, cioè di un tipo possibile di *reditus*, dal *fructus rei* in D. 50, 16, 121.

I giustinianei considerano *fructus* ogni reddito ricavato da una cosa o dalle *res* che possono trarsi da esse, senza intaccarne la sostanza, né la capacità riproduttiva. Tale nozione di «frutto» è tenuta distinta da quella di interessi pecuniari, in quanto non è possibile cogliere nel caso delle *usurae* un «rapporto di derivazione», seppur di natura giuridica, che coinvolga la somma di danaro data in prestito, in quanto il debito di interessi è fondato su una autonoma «causa».

Questo *modus operandi* dei compilatori, di difficile e complessa esplicitazione della portata dogmatica e del significato espressi, non deve far smarrire al moderno interprete la sua natura di «tecnica», che giustifica una interpretazione sistematica dei codici di Giustiniano[20]. Attraverso di essa, ci si sforza di consegnare ai posteri una precisa nozione di «frutto». Ciò mi sembra confermato dal fatto che gli *antecessores*, contemporanei e di poco successivi alla compilazione, operano precisi collegamenti tra i frammenti chiave presenti nel titolo D. 22, 1 e in D. 50, 16 e D. 50, 17, al fine di ricostruire la nozione giuridica di «frutto» (vd. *infra* § 6 pp. 389 ss.).

4. *Nelle* Institutiones Iustiniani, *il problema dell'acquisto dei frutti conferma l'esistenza di una discussione tra i commissari in rapporto alle contrapposte regole classiche in materia I. 2, 1, 35-38*

Le *Institutiones Iustiniani* (533) sono un punto di vista privilegiato per cogliere i «veri intendimenti normativi dell'imperatore, consentendogli an-

[19] Vd. ora F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 25, pp. 76 ss. e n. 197.

[20] Vd., accentuando lo sforzo sistematico del *Corpus* dei codici di Giustiniano, S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*[2] cit., p. 22, che si realizzerebbe attraverso «due poli: da un lato le *Institutiones*... D'altro lato il contributo derivante dall'ordine dell'"editto perpetuo"», senza che a riguardo si disconosca l'importanza di D. 50, 16 e D. 50, 17 (p. 22 n. 64).

che di dar conto, in qualche modo, di novità "inesprimibili" con i materiali raccolti nel Digesto (e talora perfino con quelli raccolti nel Codice)»[21].

Esse non contengono un titolo sui frutti, né sulle *usurae*. Ciò non toglie che rivestano, rispetto alla tematica qui trattata, un ruolo di coordinamento delle regole giuridiche relative all'acquisto dei frutti. In particolare, nel lungo titolo I. 2, 1 *De rerum divisione* è presente nei §§ 35-38 una trattazione unitaria dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di mala fede, di buona fede e dell'usufruttuario[22].

Si tratta, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, di questione dibattuta dalla giurisprudenza classica. In base alle testimonianze in nostro possesso, è ancora visibile un *ius controversum* sul quale i giustinianei operano precise scelte.

I. 2, 1, 35-38

35. *Si quis a non domino, quem domino esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

36. *Is, ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si eos ipse perceperit. et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad heredem eius non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. eadem fere et de colono dicuntur.*

37. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli et equuli statim naturali iure dominii sunt fructuarii. partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum videbatur hominem in fructu esse cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.*

38. *Sed si gregis usum fructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius summittere debet, ut et Iuliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uti debet.*

[21] R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*[4] cit., p. 52.

[22] M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 140; rispetto al disperso quadro normativo dei moderni codici europei, vd. la notazione del Knütel, «Vorbemerkung» a *Modernes Gesetzrecht und Institutionen* in Corpus iuris civilis. *Text und Übersetzung I. Institutionen*, Heidelberg (1997[2]), p. 300 [trad. it. in *Roma e America. Diritto romano comune* 5 (1998), p. 285].

Il § 35 attiene all'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, figura esemplificata dal compratore in buona fede o dal donatario o da chi per altra giusta causa ha ricevuto la cosa *a non domino*. Alla giurisprudenza classica si riporta (*placuit*) la regola, in base alla *ratio naturalis,* dell'acquisto dei frutti percepiti dalla cosa altrui *pro cultura et cura*.

I. 2, 1, 35 affronta entrambi i problemi centrali in materia: il momento ed il titolo dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede. Rispetto alla prima questione, il *placuit fructus quos percepit eius esse* è coerente alla regola più antica[23], quella di Q. Mucio (Pomp. D. 22, 1, 45: *fructus percipiendo... suos facit*) e condivisa da Plauzio (Paul. D. 41, 1, 48 pr.: *bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus... suos... facit*), e non a quella della separazione, affermata da Giuliano (D. 22, 1, 25, 1) e seguita da Paolo (D. 41, 1, 48 pr.). Doroteo, redattore di questa parte delle Istituzioni[24], non accoglie la regola più recente. Se colleghiamo questa constatazione con le scelte operate dai compilatori nelle varie masse (S: *separatio* in D. 22, 1, 25, 1 e in D. 22, 1, 28 pr.; E: *separatio* in D. 41, 1, 48 pr. e *perceptio* in D. 22, 1, 45), prende corpo una discussione sul momento dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, alla quale non si sottrae Doroteo redigendo I. 2, 1, 35 e lo stesso Teofilo dato il καρπῶν... ληφθέντων di PT. 2, 1, 35.

Rispetto al titolo giustificativo dell'acquisto dei frutti diviene essenziale il *pro cultura et cura*. In dottrina si sono avute molteplici interpretazioni di esso, anche in relazione al *ius controversum* tramandato dalle fonti classiche. Da una parte si è ritenuto che qui si operi una scelta tra le due contrastanti regole in materia. Tra quella muciana («*fructus suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit*»; D. 22, 1, 45; vd. *supra* pp. 108 ss.), sui cd. frutti industriali, recuperata da Pomponio, e quella tramandata da Giuliano (D. 22, 1, 25, 1 vd. *supra* pp. 233 ss.) e Paolo (D. 41, 1, 48 pr. vd. *supra* pp. 314 ss.), fondata su una analogia col modello proprietario, Doroteo avrebbe seguito la prima[25]. In tal caso si evidenzierebbe nuovamente una flessibilità nelle posizioni in materia, riflessa sia nelle scelte operate nella redazione dei *Digesta*, sia nelle stesse Istituzioni.

Secondo altra autorevole interpretazione, il *pro cultura et cura* di I. 2, 1, 35, tenuto conto della scelta divergente fatta in D. 41, 1 dalla commissione preposta ad E, potrebbe essere stato inteso da Doroteo non in termini di limitazione dell'acquisto ai soli frutti cd. industriali, ma di acquisto di tutti i frutti percepiti, come corrispettivo della coltura e del lavoro svolti[26], attività alla quale lo stesso *dominus* ha interesse per la conservazione del fondo[27]. In questo caso, dal punto di vista degli effetti, l'acquisto riguarderebbe in I. 2, 1, 35, così come in D. 22, 1, 25, 1 e D. 41, 1, 48 pr., gli *omnes fructus*, differenziandosi però dalla concezione giulianeo-paolina per la motivazione giuridica di tale acquisto, che non sarebbe l'applicazione in materia del trattamento giuridico proprio del *dominus*, ma un premio per il lavoro svolto. Che questa seconda interpretazione sia quella che Doroteo accorda al *pro cultura et cura* potrebbe essere avallato da una precisazione che Teofilo fa nella Parafrasi. Quest'ultimo, infatti, redattore insieme a Doroteo delle *Institutiones* di Giustiniano, accentua del *pro cultura et cura* istituzionale soltanto il secondo concetto (PT. 2, 1, 35: ... διὰ τὴν ἐπιμέλειαν καὶ φροντίδα)[28], collegandolo esplicitamente al lavoro svolto per i frutti (ἣν ἐν αὐτοῖς [scil. frutti]

[23] In dottrina è stata autorevolmente avanzata un'ipotesi interpretativa del *percepit* istituzionale teso a designare «il fatto dell'acquisto» e non «un requisito richiesto per l'acquisto»; F. De Martino, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 471. Ciò, però, come lo stesso De Martino riconosce, impone di spiegare come mai «i compilatori si sarebbero dimenticati di codificare la loro riforma nel testo fondamentale delle Istituzioni imperiali, relativo al tema». Data la conoscenza minuziosa della questione da parte dei compilatori, come dimostra sia il lavoro delle commissioni preposte alla redazione dei *Digesta*, sia I. 2, 1, 35 e PT. 2, 1, 35, ritengo probabile che qui emerga un dissenso concretizzatosi in scelte differenti.

[24] A riguardo, l'inciso che si legge in PT. 2, 1, 36 (Τὸ fere δὲ ἤτοι σχέδον παρέλκεται), ritenuto una glossa posteriore dal Ferrini, risale alla *Paraphrasis* di Teofilo al testo latino (τὸ ῥητόν) (vd. a riguardo H. J. Scheltema, *L'enseignement de droit des antécesseurs* cit., p. 20). Esso dimostrerebbe la derivazione di questa parte delle Istituzioni di Giustiniano da Doroteo; F. Brandsma, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen (1996), pp. 24-25; G. Falcone, *Il metodo di compilazione delle* Institutiones, in AUPA. XLV. 1 (1998), p. 272.

[25] Interpretano il *pro cultura et cura* di I. 2, 1, 35 come equivalente alla regola di D. 22, 1, 45 limitativa dell'acquisto al possessore di buona fede dei soli frutti industriali, ad es. C. Ferrini, *Manuale di Pandette*[3] cit., p. 372 n. 1; E. Albertario, *La responsabilità del* bonae fidei possessor cit., in BIDR. 26 (1914), pp. 253-254; F. De Martino, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 462.

[26] Interpretano il *pro cultura et cura* come giustificativo dell'acquisto di tutti i frutti percepiti dal fondo, C. Czyhlarz, *Glücks Erlauterung der Pandecten* cit., XLI, § 1732g, pp. 574-575 [= *Commentario alle pandette* cit., XLI, p. 487]; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 2, p. 175; L. Aru, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 240 ss.; e di recente F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., p. 90. Mi sembra poi che gli stessi autori che riconoscono un *ius controversum* classico tra il «Produktionprinzip» ed il «Substantialprinzip», parlando della spettanza dei frutti in I. 2, 1, 35 come «compensazione» e «controprestazione» per il lavoro svolto (*pro cultura et cura*), non propendano necessariamente per un loro acquisto limitato a quelli prodotti *ex facto;* vd. ad es. M. Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., 250-251 e G. Thielmann, *Produktion* cit., p. 77.

[27] Così esplicita ad es. la nuova traduzione tedesca, *Corpus Iuris Civilis* cit., I[2], p. 58 «als Ausgleich für die Bearbeitung und Pflege des Bodens.»

[28] Così già L. Aru, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 237 ss.

ἐποιησάμεν). A me sembra che l'accentuazione del secondo elemento del binomio istituzionale *cultura et cura* attraverso l'endiadi ἐπιμέλεια καὶ φροντίς (arg. anche in base all'ἤ successivo), accompagnata dall'esplicito collegamento, assente nel testo latino (ῥηθὸν), al lavoro svolto per la produzione e raccolta dei frutti, esprimano la volontà di eliminare i dubbi interpretativi a favore della regola di D. 22, 1, 45 e seguita da S. Potrebbe quindi prendere corpo con più concretezza la discussione evocata sia dalle antinomie presenti nel lavoro delle commissioni (S e E) per il Digesto, sia da I. 2, 1, 35[29].

La precisazione che nella parte successiva del § 35 si fa, relativa all'acquisto dei frutti 'consumati', è sicura integrazione giustinianea, coerente agli sviluppi altopostclassici della rivendica *extraordinaria* e alla nuova regola in materia (vd. *supra* pp. 329 ss. in relazione a C. 3, 32, 22)[30].

Infine bisogna chiarire il senso del rapporto tra *ratio naturalis* e acquisto dei frutti *pro cultura et cura.* È stato infatti autorevolmente sostenuto che «imporre l'acquisto del *non dominus*, unicamente come un compenso di spese erogate e di lavoro compiuto, è vuoto di senso, perché la *naturalis ratio* imporrebbe, se mai, l'obbligo del *dominus* di rimborsare il possessore, non già un suo arricchimento... la *naturalis ratio* può essere invocata solamente in un regime che avvicina al *dominium* la *possessio bonae fidei*»[31].

Per il De Martino, quindi, richiamare la *ratio naturalis* troverebbe una sua ragionevole spiegazione entro un panorama concettuale diverso dal *pro cultura et cura* di I. 2, 1, 35, quello per capirci del *loco domini paene est* di Paolo (D. 41, 1, 48 pr.) e del *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quam dominis praediorum tributum est* di Giuliano (D. 22, 1, 25, 1). All'interno di questa concezione, infatti, l'acquisto della proprietà sui frutti da parte del possessore di buona fede viene visto come un'estensione della regola dell'acquisto dei frutti da parte del proprietario della cosa madre. Così l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, attraverso la regola sull'acquisto dei frutti da parte del *dominus,* può essere affiancato agli altri modi di acquisto del dominio, come l'occupazione, l'accessione ecc.[32].

[29] Era quella di «contrastanti correnti di pensiero fra i compilatori» una spiegazione possibile già per il DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 463.

[30] In questo senso vd. già C. CZYHLARZ, *Glücks Erläuterung der Pandecten* cit., XLI, §1732g, pp. 572-575 [= *Commentario alle Pandette* cit., XLI, pp. 486-487]; C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR. 13 (1901) [= *Opere*, 2, p. 359]; B. KÜBLER, Rc., in ZSS. 23 (1902), pp. 514-515; più di recente G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 95-96; F. BENEDEK, *Fruchterwerb* cit., p. 90.

[31] F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 465.

[32] Valutazioni a riguardo anche in L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., pp. 253-254.

A me sembra che tale constatazione, evidenziando una incongruenza tra fondamento e giustificazione dell'acquisto, vada approfondita. Nelle ipotesi dove si fa riferimento alla *naturalis ratio*, si tratta di modi d'acquisto di *ius gentium*. L'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede è fondato in I. 2, 1, 35 proprio sulla *ratio naturalis*. E non è un caso che sia proprio la *ratio naturalis* a guidare il ragionamento del giurista in materia, dato che ad essa si ricorre anche per la specificazione, per sapere cioè chi acquisti la proprietà sulla nuova cosa, se colui che ha svolto il lavoro o il *dominus* della materia (I. 2, 1, 25 ss.). In entrambe le ipotesi (specificazione, acquisto dei frutti) si concretizzerebbe «un conflitto tra il diritto del proprietario... e quello che viene a sorgere in altri come compenso di una attività determinata»[33]. Mi sembra quindi coerente, in questa prospettiva, la correlazione che si instaura in I. 2, 1, 35 tra *ratio naturalis* e il *pro cultura et cura*.

Il § 36 ribadisce l'acquisto dei frutti tramite *perceptio* da parte dell'usufruttuario. Ciò è coerente con la regola classica[34], sebbene il silenzio relativo all'ipotesi dei frutti maturi separati dalla pianta non con *perceptio*, che a riguardo era sicuramente la più problematica rispetto alla loro spettanza all'erede dell'usufruttuario o al *dominus*, pone qualche dubbio sull'esatta portata di essa per i giustinianei[35].

Ciò si collega con quanto emerge in materia di *fetus pecudum* (§ 37) rispetto all'acquisto dell'usufruttuario *statim*. Nelle *Institutiones*, infatti, facendosi cadere il richiamo al possessore di buona fede presente in D. 22, 1, 28 pr., l'avverbio non può che collegarsi alla regola della *separatio*[36].

Questa soppressione è perfettamente coerente con la regola della *perceptio* espressa in I. 2, 1, 35 per l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede.

[33] L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 255.

[34] G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 135-137; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 134 ss.; M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 412.

[35] Vd. a riguardo le puntuali osservazioni del BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 ss. in rapporto a II, pp. 103-106.

[36] Così M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 148; II, pp. 103-104; *contra* M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 412 che pereferisce pensare ad una «Verkürzung..., hinter der sich keine kompilatorische Neuerungsabsicht verbirgt». Segue invece l'ipotesi interpretativa del Ramelet (vd. *supra* p. 250 e n. 23) G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 137-139.

La sostituzione, sempre in § 37[37], del *pleno iure* gaiano (D. 22, 1, 28 pr.) con il *naturali iure*, sposta il significato della locuzione: non si tratta più dell'effetto giuridico dell'acquisto, espresso in quel *plenum ius* che assomma *dominium* e *in bonis habere* (vd. Gai. II, 41), ma dell'acquisto del *dominium* sui nati dagli animali da parte dell'usufruttuario, che non sarebbe espressione del suo diritto ai frutti, ma sarebbe fondato sul *ius naturale*. Saremmo di fronte ad un'argomentazione simile a quella dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede.

Riguardo al *partus ancillae* dello stesso § 37, vi è piena concordanza del testo istituzionale con D. 22, 1, 28, 1 (su cui *supra* pp. 251 ss.).

Infine il § 38 tratta dell'acquisto dei frutti del gregge da parte dell'usufruttuario, ricordando esattamente la regola della *summissio*, regola che viene estesa, richiamando Giuliano, all'ipotesi delle *vineae vel arbores demortuae*.

La trattazione unitaria dell'acquisto dei frutti nelle Istituzioni è ereditata dal modello di quest'opera, in particolare dalle *Res cottidianae* di Gaio, oppure è una innovazione(-integrazione) giustinianea?

La questione non è senza importanza, in rapporto anche alle scelte operate in materia nel titolo D. 22, 1.

Modello del lungo titolo *De rerum divisione* (I. 2, 1) delle Istituzioni giustinianee è indubbiamente il II libro delle *Res cottidianae*[38]. A seguire l'ipotesi palingenetica del Lenel, che considera D. 22, 1, 28 (L. 495) interno alla trattazione sull'usufrutto (L. 494-496), potrebbe avanzarsi l'ipotesi che, rispetto ai §§ 35-38, i giustinianei, pur attingendo all'opera classica, abbiano operato uno spostamento, al fine di aggregare le regole in materia di acquisto dei frutti.

Su tale collocazione palingenetica, però, sono stati sollevati dei dubbi[39]. Il II libro delle *Res cottidianae*, che rappresenta appunto il modello di I. 2, 1, dà ampio spazio ai modi di acquisto della proprietà (L. 491 [D. 41, 1, 1; 3; 5; 7; 9]), testi su cui è costruita S del titolo dei *Digesta* 41, 1 (*De adquirendo rerum dominio*). Potrebbe sorgere il dubbio, allora, che i giustinianei abbiano trovato già nell'opera classica, dopo la problematica attinente alla *tabula picta* (I. 2, 1, 34; D. 41, 1, 9, 2), la trattazione sull'acquisto dei frutti, di cui possediamo un confronto per il passaggio relativo al *fetus pecudum* e al *partus ancillae* (I. 2, 1, 37; D. 22, 1, 28). Si potrebbe quindi ipotizzare una diversa collocazione palingenetica di D. 22, 1, 28, all'interno di L. 491, tra D. 41, 1, 9, 2 e 9, 3 (= I. 2, 1, 40) e non in materia di usufrutto.

In questo caso non si potrebbe attribuire ai giustinianei, almeno come innovazione, la trattazione unitaria nelle Istituzioni dell'acquisto dei frutti, ma bisognerebbe presupporla esistente nel modello classico.

Ciò peraltro non eliminerebbe tutti i problemi. Il confronto con D. 22, 1, 28 pr. dovrebbe, infatti, presupporre, dato il contesto, la conservazione del richiamo al possessore di buona fede nel testo come tramandato nelle Istituzioni. Al contrario in I. 2, 1, 37 si parla esclusivamente dell'usufruttuario. Forse Doroteo cancella qui, come già ipotizzato, il richiamo delle *res cottidianae* al possessore di buona fede, in quanto in contrasto con la regola della *perceptio* da lui seguita in § 35[40].

Al di là del rapporto col modello classico, ed al di là dei dubbi interpretativi che rimangono, non c'è dubbio che il redattore di I. 2, 1, 35-38 abbia operato delle scelte che si pongono in rapporto dialettico con il *ius controversum* classico in materia, e con le opinioni divergenti degli stessi commissari giustinianei.

Le coerenze e le contraddizioni che rimangono sul piano delle scelte fatte in sede di redazione del Digesto, trovano nelle Istituzioni un'esplicitazione a favore di questa o quella regola classica. Siamo di fronte ad una discussione teorica ancora viva nell'età giustinianea, come evidenziano le contraddizioni tra le scelte fatte dalle sottocommissioni preposte all'escerpimento dei frammenti dalle singole masse (E in D. 22, 1 [L. 45] in contrasto con S [L. 25, 1] ed E in D. 41, 1 [L. 48]), discussione a cui parteciperebbe anche Doroteo, redattore di questa parte delle Istituzioni.

[37] Su cui vd. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 ss.; II, pp. 103 ss.; M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 411-412; G. THIELMANN, *Produktion* cit., pp. 91 ss.

[38] C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* cit., in BIDR. 13 (1901), cito da *Opere*, II, pp. 358-359. È questo un risultato del lavoro del Ferrini che KÜBLER, Rc. in ZSS. 23 (1902), pp. 513 ss., altrimenti critico, condivide; vd. peraltro V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustinianea e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Studi Ferrini* (1946), pp. 81 ss., su I. 2, 1, 35 p. 86 e n. 1.

[39] L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti* cit., p. 253.

[40] Altra ipotesi è però possibile: l'originale testo gaiano, ora in D. 22, 1, 28 pr., non menzionava il possessore di buona fede, e la sua integrazione si deve ai compilatori che intendono così regolare in modo unitario l'acquisto dei nati dagli animali da parte dell'usufruttuario e del possessore di buona fede in base alla regola della *separatio*. In questo secondo caso la collocazione palingenetica del Lenel sarebbe corretta.

5. *Anche nelle Novelle di Giustiniano è tramandata una nozione rigorosa di frutto, sebbene emerga una tendenza della prassi a considerare frutto di una cosa qualsiasi reddito periodico di essa*

Per quanto riguarda il rapporto tra Codificazione e Novelle[41], non si evidenzia alcun allontanamento nel modo di esprimersi e di intendere il frutto da parte della cancelleria giustinianea.

Si coglie una coerenza con la terminologia della Compilazione, anche in Novelle successive al 542 (morte di Triboniano)[42], quelle del c. d. secondo periodo (543-565), dove emergerebbe un certo decadimento dell'aspetto qualitativo della legislazione[43].

A riguardo va segnalata la *Nov.* 131 del 545 (= *Auth.* 119; *Ep. Iul.* 119) sui canoni e privilegi ecclesiastici. Nel trattare dei lasciti *ad pias causas*, essa impone agli onerati del legato che non diano corso alla volontà del *de cuius*, di adempiere ad esso prestando anche «frutti, interessi ed ogni altro incremento legale» dal tempo della morte («καὶ καρποὺς καὶ τόκους καὶ πᾶσαν νόμιμον ἐπαύξησιν» *Nov.* 131, 12, 1; vd. peraltro «μετὰ καρπῶν καὶ ἐπαυξήσεων» *ibid.* 11, 3; «*et fructum et usuras et omne legitimum... augmentum*» *Auth.* 119, 12, 1; «*fructus et usuras et omne emolumentum...* » *Ep. Iul.* 119, 15).

Mi sembra significativo che si mantenga un tale rigore concettuale, in anni nei quali la prassi potrebbe tendere a semplificare il rapporto tra i concetti coinvolti. Al 540 risale, infatti, la Nov. 106 sulle *usurae nauticae*. In essa, proprio per la procedura avviata con le categorie interessate al fine di accertare l'ἀρχαῖον ἔθος (vd. *Nov.* 106 praef.), diviene significativa la qualifica di «καρπὸν ὧν ἐδάνεισαν χρημάτων», che va collegata con la legittimità di τόκοι entro il limite del 10% nel prestito marittimo, come eccezione alla regola, data la compensazione del κίνδυνος corso (*Nov.* 106 *praef.* 25 ss.). Si appalesa la percezione nel mondo economico degli interessi pecuniari come un reddito periodico e certo delle somme di danaro date in prestito, tale da legittimarne la qualifica in termini di «frutto» di esse.

[41] È questa una prospettiva che è stata ritenuta fruttuosa per un'adeguata storicizzazione del diritto giustinianeo; cfr. N. VAN DER WAL, Manuale novellarum Iustiniani. *Aperçu sistématique du contenu des Novelles de Justinien*, Groningen, (1998²); G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle Novelle giustinianee*, Napoli (1965), pp. 9 ss.; 165 ss.; R. BONINI, *Il* Manuale novellarum *del van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti fra Novelle e Digesto)*, in AG. 171 (1966), pp. 196 ss.; ID., *Ricerche sulla legislazione giustinianea dell'anno 535*, Bologna (1980²), p. 7; ID., *Introduzione allo studio dell'età giustiniianea*[4] cit., pp. 64 ss.; G. LANATA, *Legislazione* cit., pp. 3-4; 19 ss.

[42] Di καρποῦ καὶ τῶν ἄλλων κερδῶν (*fructu et aliis lucris*) parla la *Nov.* 7 *praef.* [49, 37] del 535.

[43] R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*[4] cit., pp. 71 ss.; G. LANATA, *Legislazione* cit., p. 259.

6. *Gli* antecessores *del VI-VII sec. d. C. si sforzano di rendere coerenti le antinomie individuate nella compilazione, accedendo alla nozione rigorosa di frutto*

Come si è visto nei precedenti paragrafi, il lavoro svolto dai compilatori indica una coerenza della nozione giuridica di frutto, mentre si conservano tracce di discussioni riguardo le regole per il loro acquisto da parte del possessore di buona fede e dell'usufruttuario. È quindi interessante vagliare il pensiero giuridico degli *antecessores* coevi o di poco successivi alla compilazione.

Dal primo punto di vista, D. 6, 1, 62 pr., D. 22, 1, 34, D. 50, 16, 77 e D. 50, 16, 121 sono al centro di una discussione, nella quale emerge una linea interpretativa che esplicita in termini unitari l'operazione complessa realizzata dai compilatori: il καρπός è il normale reddito che una cosa dà senza che diminuisca il suo valore-capitale; i τόκοι non rientrerebbero nella nozione di frutto, sebbene possano partecipare talvolta della disciplina giuridica propria di questo.

Essenziali a riguardo sono gli scolii a B. 23, 3, 34 (= D. 22, 1, 34), in quanto il titolo B. 2, 2 (= D. 50, 16) è *restitutus* essenzialmente attraverso la *Synopsis* e B. 15, 1, 62 (= D. 6, 1, 62 pr.), tratto probabilmente dalla *Summa* del *vetus* Anonimo, non richiama più l'*etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur*[44], così come gli scolii in parte mutili di Stefano e dell'Anonimo non permettono conclusioni alcune[45].

L'*antecessor* Stefano, nello sch. Στεφάνου (BS. 1679, 23 ss.) a οἱ τόκοι τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν (B. 23, 3, 34 corrispondente a D. 22, 1, 34), ritiene che l'affermazione di Ulpiano debba essere intesa nel senso di considerare dovuti i τόκοι quando con l'azione principale si ha diritto ai καρποί, con la differenza, però, che i καρποὶ γενόμενοι sono comunque dovuti, mentre i

[44] Παῦλος.[Papinianus Dig.]. Ὁ κακῇ πίστει νομεὺς τοὺς καρποὺς, οὓς ἠδύνατο λαβεῖν ὁ ἐνάγων, δίδωσι τοῦ πλοίου καὶ τοῦ ἐργαστηρίου καὶ τοῦ μεσαύλου τῶν εἰωθότων μισθοῦσθαι, καίτοι τοῦ κληρονόμου μὴ διδοῦντος τόκους τῶν εὑρεθέντων χρημάτων, ἐὰν μὴ ἥψατο αὐτῶν, διότι τὸ πλοῖον οὐκ ἐγκινδυνεύεται τῷ νομεῖ ὡς τὰ χρήματα τῷ δανειζοντι.

[45] BS. 874, 22-32.

τόκοι soltanto dopo la mora. Egli sintetizza (BS. 1680, 6 ss.), poi, il significato del rapporto tra frutti e interessi secondo l'insegnamento ulpianeo, affermando che «Τάξιν ἐπέχουσι, κυρίως δὲ οὐκ εἰσι» ed invitando gli studenti ad approfondire la differenza leggendo l'*Index* e la *paragraphē* relativa.

Per *Cyrillus* (BS. 1679, 30 ss.), che accentua probabilmente la parte finale di D. 22, 1, 34 (*hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus*), in materia di legati e di azioni di buona fede, ai καρποὶ si equipararebbero anche tutti gli altri redditi (καὶ αἱ ἄλλαι πρόσοδοι), quindi non solo i τόκοι.

L'*Enantiophanes* (BS. 1680, 1 ss.)[46] accentua la eccezionalità dell' affermazione ulpianea, ribadendo la differenza già ricordata da Stefano. Egli vi aggiunge il principio affermato in D. 50, 16, 121 che «ὁ τόκος τῶν ἀργυρίων οὐκ ἐστι καρπός» e la diversa concezione tramandata da D. 21, 1, 29, 2 del τόκος come διαφέρον (*id quod interest*).

L'Anonimo, autore delle *paragraphai* alla *Summa Digesti* del *vetus Anonymus,* infine, cita (BS. 1680, 9-10), contro l'affermazione di Ulpiano, la regola (risalente a Labeone; D. 17, 2, 60 pr.) che i τόκοι sono dovuti nell'*actio pro socio* non in quanto τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν, ma in termini di διαφέρον (*id quod interest*). In realtà, tutti i proventi che τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν, se non sono un frutto, rientrano nella nozione di καῦσα (BS. 1680, 13-14). Ciò è tanto più significativo se si tiene conto che in BS. 2549, 26, in relazione all'ulpianeo «*mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum*» (D. 5, 3, 29), l'Anonimo scioglie il rapporto tra pensioni e frutti in chiave di identità, richiamando proprio D. 22, 1, 34 (Τὰ δὲ ἐνοίκια καρποί εἰσιν, ὡς βιβλίῳ κβ'. τίτλῳ α'. διγέστῳ λδ'.).

Salvo la generalizzazione di Cyrillus, che passa comunque per il concetto più ampio di πρόσοδος per giustificare l'affermazione ulpianea in D. 22, 1, 34, lo sforzo interpretativo comune è quello di chiarirne il significato tenendo conto dell'intero materiale tramandato nei *Digesta* ed in particolare di D. 50, 16, 121. Si fa evidente una concezione del καρπός che, pur includendo i redditi della cosa (πρόσοδοι), non contiene il τόκος, negandogli natura di 'frutto'.

[46] L'Anonimo *antecessor* (ca. 612-690), autore di un *liber singularis* sulle 'antinomie' (περὶ ἐναντιοφανῶν) presenti nei *Digesta* di Giustiniano, forse da indentificare con l'Anonimo autore delle *paragraphai* alla *Summa Digesti* del *vetus Anonymus*; vd. a riguardo G. E. Heimbach, *Prolegomena*, in *Libri Basilicorum LX*, VI, pp. 15-16; Zachariae von Lingenthal, *Über den Verfasser und die Quellen des (Ps. -Photianischen) Nomokanon in XIV Titeln*, in *Kleine Schriften* II, pp. 145 ss.; cd ora N. Van der Wal, *Wer war der Enantiophanes?*, in T. 48 (1980), pp. 127-136.

Rispetto alla problematica dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, gli scolii antichi registrano le contraddizioni presenti nei *Digesta,* e, in parte perpetuandole, accentuano il momento della *separatio* su quello della *perceptio*, e la regola di D. 41, 1, 48 pr. seguita, secondo la nostra interpretazione, da E in D. 41, 1 e da S in D. 22, 1, ma avversata da Doroteo in I. 2, 1, 35 e da Teofilo in PT. 2, 1, 35, che seguono sul punto la regola muciana di D. 22, 1, 45[47].

7. *La nozione unitaria di frutto tramandata dal* Corpus iuris civilis *di Giustiniano e le antinomie presenti in esso come elementi suscettibili di sviluppo nella tradizione romanistica*

Rispetto alla compilazione giustinianea si possono trarre conclusioni affidabili, sebbene su punti specifici rimangano questioni aperte. Il lavoro della commissione redigente il Digesto, così come le Istituzioni ed il Codice, esprime uno sforzo teso a costruire una coerente nozione di «frutto» (*nomen fructuum*) come reddito percepito da una cosa per un processo naturale o attraverso la mediazione del lavoro umano (C. 5, 13, 1, 7b e 9; D. 50. 16. 77; C. 7, 51, 1; *Nov.* 131, 12, 1; BS. 1679, 23 ss. -1680). In senso proprio, rifiutando sviluppi interpretativi che sarebbero stati possibili secondo la concezione del giurista classico Papiniano (D. 6, 1, 62 pr.), ne rimangono escluse le *usurae* (D. 50, 16, 121) e le mercedi (D. 22, 1, 36), alle quali si estende però di regola il regime giuridico proprio dei frutti (D. 22, 1, 34).

Il sapere giuridico delle scuole orientali discute le regole per l'acquisto di essi, discussione che si riflette, coerentemente al lavoro svolto per la compilazione, in scelte diverse che concretizzano antinomie nel *Corpus iuris civilis* (D. 22, 1, 45; D. 22, 1, 28, 1; D. 41, 1, 48 pr.; I. 2, 1, 35).

È riconoscibile la presenza di una nozione unitaria di frutto che possiamo qualificare come rigorosa e costruita essenzialmente sulla concezione sabiniana, così come precisata da Giuliano, rafforzata dalla distinzione ulpianea tra frutti in senso proprio e cose che fanno le veci dei frutti di fronte al diritto.

[47] Stefano: BS. 1669, 19 ss. (in relazione a D. 22, 1, 25, dove menziona la contraddizione con D. 22, 1, 45); BS. 1688, 4 ss. (in relazione a D. 22, 1, 45); BS. 1688. 16 ss. *erotapokriseis* relativa proprio al rapporto tra D. 22, 1, 45 e D. 22, 1, 25; *Suppl.* Zachariae, (p. 105) tratto dall'*Index*, sul momento dell'acquisto. Anonimo (Enantiofane?): BS. 1688, 23 ss. sull'antinomia tra D. 22, 1, 45 e D. 41, 1, 48 pr.

Ciò non toglie che, per le particolari modalità di lavoro delle commissioni, soprattutto nel Digesto compaiano nozioni diverse che si presentano come antinomie rispetto alla nozione più circoscritta. In particolare la concezione di Labeone, quella di Papiniano e quella di Paolo, seguita da Marciano. Nella tradizione giuridica successiva, si svilupperanno proprio questi elementi di differenza compresenti nel *ius Romanum* per costruire la nozione tripartita di frutto (naturale, industriale e civile).

CONSIDERAZIONI FINALI

La nozione di frutto che il diritto romano ci tramanda non è unitaria e riflette una stratificazione storica che abbraccia realtà molto diverse, anche dal punto di vista delle forme di produzione.

La prima costruzione della categoria trae origine all'interno di un panorama concettuale estraneo ai rapporti fra proprietario e terzo, smentendo che la nozione rilevi solo in questo àmbito. Si tratta infatti della disciplina giuridica relativa al *frui* delle terre e del bestiame gentilizi e della terra pubblica. Rilevano le regole per l'acquisto dei prodotti spontanei o 'industriali' dell'*ager* e del bestiame delle *gentes,* e dell'*ager publicus*, che affondano le loro radici nei più antichi *mores* cittadini. Si ha diritto al *frui* della terra e del bestiame in quanto *gentilis* o in quanto *Quiris*. Coerentemente alla forma economica di produzione di questo periodo, viene elaborata una nozione naturalistica di frutto come parte staccata, che nasce periodicamente dalla terra e dagli animali.

Con l'introduzione della prima forma individuale di signoria sulle cose, il diritto al *frui* assume primaria importanza in rapporto ad essa. Matura una diversa regola rispetto a quella degli antichi *mores* gentilizi e cittadini, attraverso la quale l'acquisto del frutto diviene una caratteristica espansione del *meum esse* sulla cosa-madre. Questa regola condiziona l'emanazione di *lex XII tab.* 12, 3 sulla *duplio fructus*. In particolare, con questa disposizione si regola l'eventuale separazione tra cosa-madre e suo frutto, realizzatasi durante la *possessio* ottenuta dal magistrato da parte di chi sia risultato soccombente nella *legis actio sacramento in rem*.

Tab. 12, 3 innesta dinamiche interpretative, collegate a rivendicazioni del proprietario per nuove forme di arricchimento attraverso redditi percepiti dalla cosa controversa nelle more processuali. È questa una fase nella quale la costruzione e l'adeguamento della nozione naturalistica di frutto è realizzata entro l'*interpretatio* pontificale alle XII Tavole. Il concetto espresso da *fructus* tende quindi ad inglobare altri più specifici significati espressi da parole come *fruges, glans, baca*.

Questo collegamento tra nozione di *fructus* e *interpretatio* alle XII Tavole tiene fino ai *fundatores* del *ius civile*, Manilio, Publio Mucio e Giunio Bruto. Con essi comincia un riadeguamento della categoria in rapporto a nuovi istituti giuridici, tra cui è sicuramente l'usufrutto quello più significativo per una riconsiderazione del concetto. Nella prospettiva del diritto ai frutti dell'usufruttuario emerge l'adattamento della categoria a nuove forme di produzione collegate alle cose, rispettose però della loro condizione originaria. Il riadeguamento tardorepubblicano della nozione naturalistica è attestato nei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio e nei *responsa* di Servio Sulpicio Rufo, come tramandati nei *Digesta* di Alfeno Varo. La *iurisprudentia* verifica la tenuta del segno *fructus* in relazione al *partus ancillae*, alle *usurae*, alle *mercedes*, alle *operae servorum*, al *commodum*, maturando una più precisa valutazione dei requisiti della categoria. È frutto la cosa che nasce da un *corpus* e da esso si separa senza diminuirne la sostanza, né la capacità riproduttiva.

Il superamento della nozione naturalistica di frutto, o meglio, della concezione ad essa sottesa, viene iniziato da Labeone, sia nella prospettiva dei rapporti tra proprietario e terzo, sia in relazione al diritto ai frutti dell'usufruttuario, sia rispetto all'entità dei frutti oggetto di *restituere* nella rivendica con *formula petitoria* o alla restituzione dei frutti percepiti dalle cose dotali. È un'innovazione significativa, quella diretta ad esplicitare come essenziale la destinazione del frutto al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo, che trova il suo fondamento nella riflessione stoica. Al di là, infatti, dei requisiti tradizionalmente individuati attraverso il rapporto tra frutto e cosa-madre, per la prima volta si indica, in modo esplicito, un collegamento funzionale tra questa categoria di beni e l'uomo, principio stabile nella giurisprudenza romana successiva.

La destinazione del frutto a soddisfare l'uomo modifica la prospettiva da cui ad esso normalmente si guardava. Si rende possibile un notevole ampliamento del concetto in base agli usi degli uomini e alle utilità che le nuove forme di godimento assicurano agli stessi. Sono frutti non soltanto le cose che si separano da una *res* senza intaccarne la sostanza, ma anche utilità incorporali che l'uomo trae dalla stessa, *salva substantia*, per il soddisfacimento di propri interessi e che possono assumere rilevanza economica (ad es. l'interesse all'esercizio di una servitù prediale nelle more dell'accertamento della sua titolarità o il vantaggio derivante dalla pignorabilità dell'*usus fructus*).

D'altro canto, proprio le ipotesi di scissione tra avente diritto ai frutti e soggetto che ne ha controllato la produzione, assumendosi costi e oneri, per-

mettono un approfondimento del concetto in termini di utilità, tolte le spese sostenute, risultato di un'operazione contabile.

La scuola sabiniana sviluppa in particolare questo significato del frutto come reddito-netto, entro gli istituti che ne vengano più direttamente coinvolti (*restituere* processuale e restituzione della dote), venendo a svilire requisiti, come quello della periodicità e della capacità riproduttiva della cosa-madre, che la concezione naturalistica considerava essenziali. Anche il reddito percepito occasionalmente dalla cosa (ad es. premi vinti dallo schiavo gladiatore, o le eventuali somme di danaro ricavate dalla cattura di selvaggina nel fondo destinato alla coltivazione) viene ascritto nei suoi frutti. Si è in una fase nella quale si cercano assestamenti e adeguamenti della nozione, non senza contraddizioni.

Piena maturità a questo movimento interpretativo di assestamento può riconoscersi nella costruzione di Giuliano. Col giurista adrianeo si recupera rigore concettuale, rigore che peraltro non rinuncia alle innovazioni più significative maturate con la rottura labeoniana. Si considera frutto il reddito che una cosa dà attraverso le cose corporali da essa percepibili senza intaccarne la sostanza e la capacità riproduttiva, secondo la sua normale destinazione d'uso. Il rapporto tra frutto e uomo si esprime in tutta la sua importanza proprio nella normalità del reddito secondo gli usi consueti della cosa-capitale.

La tendenza al maggior rigore concettuale si avverte anche in Gaio, il quale verifica, all'interno di un interesse preponderatamente didattico, l'esistenza e l'applicabilità di regole comuni ai redditi che si giustappongono ai frutti.

Oramai la problematica dei redditi delle cose (frutti, interessi, mercedi ecc.), pur all'interno dei diversi istituti coinvolti, viene colta dalla giurisprudenza nella verifica delle regole d'acquisto, pur a fronte della necessità comune di un trattamento il meno possibile differenziato.

La giurisprudenza dell'età dei Severi conferma ulteriormente questa tendenza, all'interno di uno sforzo ricostruttivo notevole. Essa è ancora ricca di contributi e costruzioni originali. Così Papiniano, che estende la nozione di frutto ad ogni reddito periodico percepibile dalla cosa in base ad un processo naturale o in base al diritto. Ulpiano, che preferisce la distinzione tra frutti e cose che assumono le veci dei frutti per il diritto. Paolo, che tenta una sintesi unitaria del frutto come reddito di sostituzione. Un momento conclusivo dello sforzo ricostruttivo classico sul concetto si trova ancora in un rescritto di Diocleziano, dove se ne accentua il significato di reddito-netto, risultato di un'operazione contabile.

I secoli che dividono la giurisprudenza dell'età dei Severi dalla Compi-

lazione di Giustiniano, forniscono un quadro complesso del rapporto tra scienza giuridica, prassi e legislazione imperiale. Non emergono nella prima sforzi costruttivi di rilievo, sebbene sia presente una tendenza ad unificare le questioni giuridiche che coinvolgono i redditi ricavati dalle cose. È una tendenza questa che si riscontra sia negli anonimi giuristi che presiedono alle compilazioni private dei *corpora* normativi, sia in singole riforme della legislazione imperiale, sia, infine, nel Codice Teodosiano.

Nella prassi provinciale è presente la tendenza a svilire i requisiti tradizionali della categoria. Talvolta questa tendenza trova accoglimento nella legislazione imperiale. La scuola al contrario conserva, tramandandola, la costruzione dei giuristi classici.

In età giustinianea le scuole d'oriente hanno riacquisito una rigorosa nozione di frutto. Ciò rende possibile una strategia dei compilatori nelle scelte operate sul materiale classico, strategia riflessa nell'individuato sforzo teso a rendere coerente la nozione di *fructus* come espressa nella *sedes materiae* (D. 22, 1) e le *significationes* di *frux* e *usurae* in D. 50, 16.

Permangono, peraltro, contraddizioni, coordinate dagli *antecessores* coevi, e ragione della successiva difficoltà di costruire una nozione unitaria di frutto e della maturazione, nella tradizione romanistica, della tripartizione della categoria in frutti naturali, industriali e civili, tripartizione fissatasi nelle moderne codificazioni (*infra* Appendice).

APPENDICE

SCHEDE SULLA NOZIONE DI FRUTTO NELLA TRADIZIONE ROMANISTICA FINO AI CODICI CIVILI DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO*

SOMMARIO: 1. Fissazione nella *Magna Glossa* della bipartizione della categoria di frutto in naturale e industriale, e tentativo di definizione unitaria di frutto come reddito della cosa. 2. Bartolo esplicita la categoria dei frutti civili, valorizzando la costruzione di Papiniano dei frutti percepiti da una cosa in base al diritto. 3. Recupero da parte del Duaren della costruzione ulpianea e suo adeguamento alla categoria dei frutti civili, da intendersi come redditi ai quali, per una qualche ragione civile, si estende il regime giuridico proprio dei frutti. Le difficoltà di conciliare le diverse nozioni di frutto porta il Cujas ad accentuare, non senza contraddizioni, la nozione naturalistica di frutto. 4. La costruzione di una nozione unitaria di frutto che mira a cogliere elementi comuni alle tre categorie di frutti naturali, industriali e civili, è realizzata dal Doneau attraverso l'estensione del contenuto del rapporto di derivazione (*ex corpore rei, ex re, ex usu rei*). Questa linea interpretativa permetterà l'espansione della nozione di frutti civili come reddito di sostituzione della concessione del godimento della cosa-madre. 5. Il giusnaturalismo laico costruisce un'analogia tra godimento di cose inconsumabili e utilizzazione di cose consumabili, permettendo di considerare anche gli interessi pecuniari come redditi percepiti *ex usu sortis*. 6. La posizione rigorosa di Domat e Pothier. 7. La codificazione della nozione tripartita di frutto: *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794), *Code Napoléon* (1804), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande* (1811), Codice civile italiano (1865), *BGB* (1900), Codice civile italiano (1942): A. I cd. codici giusnaturalisti dell'area germanica e teoria dell'utilità; B. La nozione tripartita di frutto nel *Code Napoléon* come adeguata alla lettura fisiocratica dei processi di produzione. Sua influenza sul Codice civile italiano del 1865; C. La nozione ampia di frutto nei par. 99 e 100 del Codice civile tedesco come conseguenza della *Nutzungstheorie* della tradizione romano-germanica e della discussione emersa nella Pandettistica; mancata codificazione della nozione di frutto come reddito del capitale; D. La formulazione dell'articolo 820 del Codice civile italiano del 1942 esprime un compromesso tra modello francese e tedsco. Essa non elimina le contraddizioni della nozione tripartita di frutto e le perpetua entro la bipartizione tra frutti naturali e civili. Tentativo di superare queste contraddizioni da parte della dottrina italiana, al fine di costruire una nozione unitaria di frutto. 8. Assenza di una nozione unitaria di frutto in alcuni codici civili del sistema giuridico romanistico e tentativo di superamento di questo limite da parte della scienza giuridica.

* Questa Appendice raccoglie alcune delle schede facenti parte di un lavoro più ampio relativo alla nozione di frutto nei codici del sistema giuridico romanistico, destinato ad una pubblicazione autonoma.

1. *Fissazione nella* Magna Glossa *della bipartizione della categoria di frutto in naturale e industriale, e tentativo di definizione unitaria di frutto come reddito della cosa*

La coerenza della nozione unitaria di frutto come tramandata nella *sedes materiae* del Digesto (D. 22, 1) e nel titolo D. 50, 16 (*de verborum significatione:* L. 77 *frux* e L. 121 *usura*) non assicura una indiscussa continuità di essa nel sapere giuridico del sistema giuridico romanistico dalla riscoperta dei testi legali. Le contraddizioni e la ricchezza di costruzioni compresenti in essi vengono a maturare sviluppi dalla scienza giuridica medievale.

Nella *Glossa* di Accursio incontriamo un tentativo di sintesi della questione dogmatica emersa nella riflessione giuridica preesistente, che tale opera fa propria. Nella *gl. «frugem...», l. frugem, ff. de verb. sign.* [D. 50, 16, 77], si coglie in chiave definitoria il rapporto tra *reditus* e *fructus*: «*cum omnis fructus sit redditus. sed non e contra. quia partus est redditus: non tamen est fructus*». Il reddito è quindi un elemento essenziale, ma non esclusivo del concetto di frutto, in quanto vi sono redditi che non si includono nei frutti.

In *gl. «Usura. non est»*, e in *gl. «alia causa», l. Usura, ff. De verb sign.* [D. 50, 16, 121] si afferma che negare la natura di frutto agli interessi del danaro sarebbe coerente da un lato con le regole giuridiche applicate in materia, che talvolta impongono la restituzione dei frutti, ma non delle *usurae*, e d'altro lato con la natura di *accessio civilis* e non di *fructus naturalis* dell'*usura pecuniae*, sebbene, di regola, citando D. 22, 1, 34, tali differenze sostanziali sarebbero minime[1]. L'immagine della «accessione civile» coglie un rapporto tra somma-capitale prestata e interessi su essa pretesi in termini di 'accessorietà'. Si pone sullo sfondo, cioè, l'autonomia che contraddistingue la causa del debito di interessi (l'accordo sulle *usurae*), e si accentua invece il collegamento funzionale che tale debito ha rispetto al prestito della somma–capitale, con la quale esso instaurerebbe un rapporto d'accessione, non per natura, ma per volontà degli uomini.

Nella *gl. «non habendam», l. Et ex diverso, ff. De rei vindicatione* [D. 6, 1, 35 pr.] si ha una fondamentale *distinctio fructuum*: «*alii naturales, ut poma et*

[1] *Gl. «usura. non est», l. usura, ff. De verb. sign.*: « non semper ubi venit unum venit reliquum: ut in male fidei poss. hereditatis: qui de percipiendis fructibus tenetur... sed de usura pecuniae non. si eam non attingat... sed tamen plerumque ubi venit unum et reliquum: ut *ff. de usur. l. usurae* [D. 22, 1, 34]»; *gl. «alia causa» l. usura, ff. De verb. sign.* : «nam est accessio civilis: sed fructus naturalis. ut *ff. de rei vind. l. si navis* [D. 6, 1, 62 pr.]».

similia; alii industriales ut segetes quae industria hominis queruntur. Item alii percepti, alii percipiendi...».

Questa bipartizione mi sembra significativa se si relaziona alla *gl. «fructus», l. Papinianus, ff. Soluto matr.* [D. 24, 3, 7, 1], nella quale ai *fructus naturales et industriales* si giustappongono le «*mercedes debitae marito ex locatione fundi dotalis*».

La scuola di Bologna non ha ancora maturato, come chiave di lettura delle diverse nozioni di frutto tramandate nel *Corpus Iuris Civilis*, la tripartizione dell'epoca dei commentatori, tra *fructus naturales, industriales et civiles*. L'accento è tutto sulla percezione dei frutti, in senso naturalistico, per la cui produzione sia necessario (*fructus industriales*) o meno il lavoro dell'uomo (*fructus naturales*)[2]. Da un lato la categoria della *accessio civilis,* nella quale si attrae l'*usura pecuniae*, d'altro lato la giustapposizione alla bipartizione delle *mercedes*, segnano i limiti concettuali della categoria.

Essi condizionano lo sforzo definitorio sopra visto, nel quale si individua una connotazione del concetto di *fructus* nel suo essere un *reditus*, sebbene si abbia la consapevolezza di aver indicato un elemento caratteristico ma non esclusivo dei frutti. Ciò mi sembra confermi la difficoltà, data la ricchezza di prospettive presenti nei testi legali, di costruire una nozione unitaria di frutto fino a che si rimanga strettamente legati ad un'interpretazione letterale del *Corpus Iuris*.

2. *Bartolo esplicita la categoria dei frutti civili, valorizzando la costruzione di Papiniano dei frutti percepiti da una cosa in base al diritto*

È a Bartolo da Sassoferrato (1314-1357) che si deve la correzione della divisione presente nella *Glossa* di Accursio[3]. Partendo da quella che si affer-

[2] Vd. E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano (1964 rist. emendata), p. 68; R. Trifone, *Le cose e i diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Napoli (1947), pp. 35 ss.; Id., *La divisione dei frutti secondo il diritto feudale e il diritto comune*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto* IV, Verona (1951), in particolare pp. 466 ss.; Id., *Frutti (dir. intermedio),* in ED. XVIII (1969), pp. 199-200.

[3] E. Besta, *I diritti sulle cose* cit., pp. 68-69; R. Trifone, *Le cose* cit., pp. 39-40; Id., *Frutti* cit., p. 200. Una *divisio fructuum* centrata sui frutti naturali e industriali segue invece Cino da Pistoia (c. 1270-1336), *Cyni Pistorensis in Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est digesti veteris doctissima commentaria*, Ristampa anastatica dell'ed. Francoforti ad Moenum 1578 Torino 1964, f. 170, col. 4 n. 2. La liccità della mercede locativa a differenza delle *usurae*

ma come *prima divisio*, Bartolo ritiene di migliorarla aggiungendo ai *fructus naturales* («*ut poma, et similia*») e ai *fructus industriales* («*ut segetes qui industria hominum queruntur*»), la categoria dei *fructus civiles*, che comprenderebbe le «*pensiones domorum, vecturae navium, et similia, qui non ex re, sed ex praevisione hominis queruntur, et percipiuntur propter rem, L. si navis, in principio ibidem* [D. 6, 1, 62 pr.]»[4].

La formulazione di una classe di frutti civili, accanto a quelli naturali ed industriali, segna l'acquisizione dogmatica di una categoria che grandissima importanza avrà nel pensiero giuridico successivo. L'ipotesi paradigmatica di questi è vista nelle mercedi locative, proventi percepiti non *ex re*, ma *propter rem*. Si tratta di una esplicitazione in termini di frutti civili della costruzione di Papiniano in D. 6, 1, 62 pr.

Bartolo sviluppa quindi un elemento presente nel sistema, la nozione papinianea di frutto, alla quale, come si è visto, i giustinianei avevano preferita la distinzione di Ulpiano tra frutti e cose *quae vicem fructuum optinent* (D. 22, 1, 34). La costruzione di Papiniano diviene la base della categoria dei frutti civili come quei redditi che l'uomo può trarre dalla cosa in base ad un rapporto giuridico.

sarebbe poi giustificata in base al fatto che «naturali iure ad illud pertinet emolumentum, cuius est periculum ut *ff. De re. iud. l. secundum naturam*: Sed si tibi loco equum meum est periculum; Sed non si tibi mutuo pecuniam». Dato che «in re mea debeo habere emolumentum, non in aliena» non è legittimo richiedere le *usurae* sulla *pecunia* data a mutuo, in quanto «ubi tibi mutuo, in te dominium transfero», *op. ult. cit.*, f. 248 col. 4- f. 249 col. 1. Baldo, *Baldi de Ubaldis In primam Digesti veteris partem commentaria* cit., I, f. 294 lex 62 Si navis [D. 6, 1, 62 pr.], riconosce nell'argomento riportato anche in Cino da Pistoia la *vetus ratio*, quella propria dei giuristi romani. Mentre «hodie est alia ratio, quia usura est illicitus quaestus... sed quare est magis illicita usura quam pensio? respondeo, quia ille qui percipit pensionem percipit eam ex re sua», a differenza del mutuo di danaro che comporta il trasferimento della proprietà al mutuatario. Di qui la definizione che Baldo *In secundam Digesti veteris partem commentaria* cit., II f. 171, lex 19, dà del *fructus* come «quicquid ex re percipitur. Item pensio et omnis utilitas rei accedens». L'operazione interpretativa estende il rapporto di derivazione (*ex re*) anche alle utilità che accèdono alla cosa, pur grazie ad un rapporto giuridico (*pensio*).

[4] *Bartoli a Saxoferrato In primam Digesti veteris partem commentaria*, in *Opera*, Venetiis 1575, I, ff. 172-173.

3. *Recupero da parte del Duaren della costruzione ulpianea e suo adeguamento alla categoria dei frutti civili, da intendersi come redditi ai quali, per una qualche ragione civile, si estende il regime giuridico proprio dei frutti. Le difficoltà di conciliare le diverse nozioni di frutto porta il Cujas ad accentuare, non senza contraddizioni, la concezione naturalistica di frutto*

La rinnovata riflessione fondata su un riesame esegetico delle fonti romane operata dai Culti, condiziona dinamiche interpretative non sempre riconducibili a momenti di coerenza.

Il Duaren afferma in materia: «*Usura est quod pro usu pecuniae exigitur... Fructus autem multum differt ab usura. Nam fructus ex re ipsa nascitur l. usura de verb. sign.* [D. 50, 16, 121], *l. si navis de rei vind.* [D. 6, 1, 62 pr.]. *Usura non ex corpore nascitur. Causa est, quod non immediate proficiscitur ex re, de qua quaeritur, sed occasione ejus rei provenit*»[5]. E, specificamente sulla *divisio fructuum*, dopo aver ricordato i *fructus naturales et industriales* dice: «*Alii addunt civiles fructus. Civiles fructus dicuntur, qui pro fructu habentur civili quadam interpretatione, quamvis proprie fructus non sint, ut sunt mercedes locationum et pensiones praediorum, quae non nascuntur ex ipso corpore, sicut vinum nascitur ex fundo, sed civili quadam ratione habentur pro fructu. Ideoque non male mihi videntur appellari civiles fructus, quamvis hoc aliis displiceat: nihil tamen fuit opus tertiam speciem fructuum constituere, satis erat duas species constituere. Nam hi civiles sub alterutro membro statui possunt. Videndum est enim, an hae mercedes et pensiones percipiantur hominis facto, diligentia et opera, an non, vel si naturaliter tantum percipiantur*»[6]. Duaren opera con una nozione naturalistica di frutto (*ex re ipsa nasci*). La categoria dei *fructus civiles* comprenderebbe le pensioni locative che, in base alla «ragione civile», si hanno 'come frutto'. Vi è la piena consapevolezza della natura interpretativa dell'operazione logica (*ratio civilis*) che fonda questa equivalenza. Si tratta quindi di una linea interpretativa che adegua la costruzione di Ulpiano alla categoria dei frutti civili. Il ricordo di una discussione in materia è caratterizzato dalla possibilità di considerare questa terza classe di frutti come una particolare espressione dei 'frutti industriali', in quanto anch'essa condizionata dal *factum hominis*.

[5] *Francisci Duareni jurisconsulti in septimam partem pandectarum sive digestorum commentarii*, in *Opera omnia*, ed. Lucae (1766), III, p. 499.

[6] *Op. ult. cit.*, p. 501.

Il Cujas dimostra di seguire una linea non sempre coerente in materia. Mentre l'«*usura est ad sortem sive quantitatem, quae debetur quacumque ex causa, accessio ex conventione, vel ex officio judicis. Fructus sunt fruges et quaecumque nascuntur e terra, vite, arbore, et quidquid pecora ferunt*»[7]. Ed ancora: «*Et hoc distant fructus ab usuris, quae in bonae fidei judiciis non praestantur nisi ex mora... Habuimus unam differentiam in l. si navis, quod usuras non praestat debitor, qui pecuniam non exercuit, nauta fructus praestat, id est, vecturas qui navem non exercuit. Addamus hinc differentiam istam et utramque; ad l. usuras h. t. dum ait usuras vicem fructuum obtinere: nam his duobus casibus separandae usurae a fructibus*»[8]. È evidente la contrapposizione tra i frutti e le *usurae*: i primi nascono dalla terra o dagli animali, le seconde accedono al danaro prestato in base all'accordo delle parti. Altrove, il Cujas sembra tentare un superamento della concezione tradizionale, quando, passa da un «*Usura est fructus pretii pecuniae*» ad un «*usura est fructus pecuniae*»[9]. Sembrerebbe quindi accedere ad una nozione ampia di frutto. Il momento di riflessione più importante emerge, però, nel commento a D. 50, 16, 121: «*Usura mutuatae pecuniae non est in fructu: fructus enim non est legitimum, sed naturale nomen, id est, fructus est, quod natura provenit, at usura naturaliter ex pecunia vel mutuo non nascitur, sed ex nova obligatione, id est ex stipulatione*»[10]. Egli, misurandosi con la nozione muciana di interessi, è coerente alla concezione più restrittiva (naturalistica), svalutando la stessa natura di frutti delle pensioni locative, in quanto «*non esse in fructu, quia ex ipso corpore non proveniunt naturaliter, sed ex jure, id est, ex obligatione locati conducti*»[11]. I frutti, quindi, in quanto *nomen naturale,* provengono dal corpo stesso, secondo un processo naturale, mentre le mercedi provengono dall'obbligazione nata dal contratto di locazione.

[7] *Jacobi Cujacii paratitla in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum*, in *Opera omnia*, ed. Neapoli 1722, I, col. 780 B.

[8] *Commentaria accuratissima in libros Quaestionum summi inter veteres jurisconsulti Aemilis Papiniani*, in *Opera omnia* cit., IV, col. 132 B-C.

[9] *Commentaria in librum primum Responsorum Aemilis Papiniani*, in *Opera omnia* cit., IV, col. 888 D.

[10] *Recitationes solemnes ad Titulum XVI De verb. sign. Lib. L Dig.*, in *Opera omnia* cit., VIII, col. 576 B.

[11] *ibidem*, col. 576 C.

4. *La costruzione di una nozione unitaria di frutto che mira a cogliere elementi comuni alle tre categorie di frutti naturali, industriali e civili è realizzata dal Doneau attraverso l'estensione del contenuto del rapporto di derivazione* (ex corpore rei, ex re, ex usu rei). *Questa linea interpretativa permetterà l'espansione della nozione di frutti civili come reddito di sostituzione della concessione del godimento della cosa-madre*

La concezione «naturalistica» viene vagliata criticamente dal Doneau[12]. Egli, dopo aver ribadito il collegamento tra *fructus* e *frui*, ritiene essere frutto «*quicquid res ad usum nostrum pariat*». È chiaro qui il collegamento con la definizione labeoniana di D. 33, 2, 42. Avremmo quindi un significato 'proprio' di *fructus*, come ciò che si percepisce dal 'corpo' di una cosa, come il frumento e i legumi dalla terra, le noci e la frutta dagli alberi, i feti, il latte, la lana dagli animali («*qui ex corpore cuiusque rei percipiuntur, ut ex agris frumenta, legumina: ex arboris nuces, poma: ex animalium foetus, lac, pilus, lana, et cetera*»). Per analogia, poi, sarebbe 'frutto' «*omnis obventio, omnisque reditus*» percepiti da una cosa, anche se provengano in modo estrinseco da essa (*qui ex re quaque percipitur, etiam si extrinsecus venit*), come ad esempio «*praediorum urbanorum pensiones, quae ex locationibus percipiuntur... itemque caeterarum rerum locatarum mercedes, servorum operae, vecturae navium atque iumentorum*». Se poi si tratta di *res incorporales* oggetto di azione reale, come il *ius eundi agendi*, allora sarà numerato nell'obbligo di restituzione dei frutti il *commodum petitoris* relativo all'esercizio di tale diritto una volta instaurata la controversia. In sostanza, egli considera frutto ogni *commodum*, ogni *utilitas* che sia lecito percepire dall'uso di una cosa («*in fructu cuiusque rei esse intelligatur commodum omne, omnisque utilitas, quam ex usu eius rei percipere liceat*»). Per questo motivo le fonti tramanderebbero la regola che *fructus rei est, vel pignori dare licere* (D. 50, 17, 72 = D. 22, 1, 49, Iav. *3 ex post. Lab.*)[13].

[12] Sull'importanza del giurista culto per la moderna dogmatica vd. ora C. A. Cannata, *Systématique et Dogmatique dans les* Commentarii Iuris Civilis *de* Hugo Donellus, in *Jacque Godefroy (1587-1652) et l'Humanisme Juridique à Genève, Acte du Colloque*, a cura di B. Schmidlin-A. Dufour, Genève (1991), pp. 217-230; P. Stein, Donellus *and the Origins of the Modern Civil Law*, in *Mélanges F. Wubbe*, éd. J. A. Ankum et alii, Fribourg (1993), pp. 439-452.

[13] *H. Donelli Commentariorum in selectos quosdam titulos digestorum volumen primum*, in *Opera omnia* X, Maceratae 1832, *caput* III "*De fructibus*", coll. 1405 ss., le parole riportate sono in coll. 1407-1408.

Il ragionamento del Doneau approfondisce il «rapporto di derivazione». Si parte dal 'frutto' come ciò che si percepisce *ex corpore rei*; si passa, poi, al *reditus ex re, etiam si extrinsecus*; e si giunge all'*omne commodum omnisque utilitas* che sia lecito percepire *ex usu rei*. Viene così elaborata, attraverso passaggi logici concatenati, ma implicanti sviluppi interpretativi, una costruzione dogmatica complessa del concetto di 'frutto'. Essa sembra tesa a conservare l'immagine naturale (arg. ex *quicquid res ad usum nostrum pariat*), pur imprimendo una dinamica nei significati aperta a nuove modalità di godimento delle cose. Si opera la massima estensione della nozione di frutto, recuperando tutti gli spunti più significativi che i *Digesta* tramandano, coordinando la nozione naturalistica di Mucio, con la nozione ampia di Labeone e di Papiniano. Per verificare la sua tenuta, è per il Doneau essenziale un approfondimento del rapporto del concetto con le *usurae*: «*Hinc etiam vere dictum est, usuras vicem fructuum obtinere: quippe quae locata pecunia ex eius usu percipi possint L. usurae, hic* [D. 22, 1, 34]. *Quam ob caussam fit etiam, ut earum ratio in bonae fidei iudiciis, et legatis post moram habeatur: scilicet, quia in his post moram debeantur fructus. Re vera tamen in fructu non sunt: quia neque ex corpore rei percipiantur; neque, si vero iudicare volumus, ex usu rei, cum pecuniae nullus sit usus, nisi pecunia consumatur. Qui usus rei non est, sed abusus. Quo pertinet L. usura, De verb. significat.* [D. 50, 16, 121]»[14].

Il pensiero del Doneau oscilla tra due possibili letture: da un lato, i significati di *fructus* come *reditus ex re etiam si extrinsecus venit* e come *commodum quod ex usu rei percipere liceat* che sorreggono la conclusione che le *usurae* sono frutti del danaro dato in prestito (interpretando quindi in tal senso l'affermazione di Ulpiano in D. 22, 1, 34); d'altro lato l'assenza, nel caso degli interessi del danaro, di una loro *perceptio* sia *ex corpore rei,* sia, soprattutto, *ex usu rei* (come invece per le mercedi locative), perché l'uso della somma capitale comporterebbe comunque la sua consumazione. Il principio espresso, allora, in D. 50, 16, 121 per il giurista della scuola culta sembrerebbe quello più coerente sul piano dogmatico, anche rispetto alla nozione estesa da lui proposta, confermato dal fatto che il soccombente, convenuto con un'azione di stretto diritto, è tenuto a corrispondere i frutti dalla *litis contestatio*, ma non le *usurae*.

Quella del Doneau, a differenza di quella del Duaren e del Cujas, è la via che, sviluppando idee presenti nel *Corpus Iuris*, risulta più proficua per

[13] *H. Donelli Commentariorum* cit., col. 1409.

la scienza giuridica dei secoli successivi, quando i costumi sociali svilupperanno prassi economiche dirette a soddisfare bisogni umani attraverso una sempre più ampia concessione del godimento della cosa verso corrispettivo.

5. *Il giusnaturalismo laico costruisce un'analogia tra godimento di cose inconsumabili e utilizzazione di cose consumabili, permettendo di considerare anche gli interessi pecuniari come redditi percepiti* ex usu sortis

Il giusnaturalismo laico indebolisce la nozione giustinianea di frutto che, in relazione agli interessi pecuniari, aveva mantenuto coerenza fino al Doneau.

In Olanda, Grotius (1583-1645) costruisce una diretta analogia tra godimento di cose consumabili e godimento di cose inconsumabili, per contrastare la *receptior sententia* in base alla quale le *usurae* per *ius naturale* sarebbero vietate. Come nella locazione, infatti, *pro usu rei pretium exigere illicitum non sit*, così anche rispetto al prestito di danaro sarebbe possibile pretendere gli interessi. Né rilevante sarebbe l'argomento della naturale sterilità del danaro, perché anche le case ed altre cose naturalmente infruttifere possono divenire fonte di reddito in base all'*hominum industria*. Né l'argomento della consumabilità della *pecunia* è considerato rilevante, in quanto dopo l'introduzione del Senatoconsulto sul cd. quasi-usufrutto sarebbe possibile cedere un qualsiasi *ius* verso corrispettivo. Egli riconosce peraltro la coerenza del divieto nella *lex divina* (dall'Antico Testamento, al Nuovo, ai Padri della Chiesa)[15].

Il libro V del *De iure naturae et gentium* del Pufendorf (1632-1694) è orientato verso la critica delle posizioni fondanti il divieto canonico dell'usura[16]. Il ragionamento si svolge tutto sull'analogia tra gratuità del comodato e onerosità della locazione per il prestito di cose di specie inconsumabili, e gratuità del mutuo senza interessi ed onerosità di quello ad interessi[17]. D'altronde, così come in Grotius, la stessa natura sterile del danaro non sarebbe decisiva, in quanto proprio l'individuazione di cose per natura infrugifere

[15] H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, rist. anast. dell'ed. critica del 1939 edita da Brill; Aalen 1993, II, XII *De contractibus*, XX, 352-353.

[16] *De jure naturae et gentium*, ed. Mascovius, Franfurt und Leipzig (1759) I [rist. Anast. Frankfurt a. M. 1967], l. V, cap. 7, § 8, pp. 758 ss.

[17] *De jure naturae et gentium* cit., pp. 762 ss.

che per l'*industria hominis* possono produrre reddito, permetterebbe anche nel caso del prestito di danaro di ascrivere gli interessi nella classe dei 'frutti civili' come le pensioni locative[18].

Anche Christian Wolff (1679-1754) riconosce che «*usurae in se illicitae non sunt, naturaliter quantitas definienda ex usu pecuniae, cuius causa creditur debitori*»[19]. Gli interessi divengono il corrispettivo della concessione dell'uso del danaro, distinti dalle mercedi dal fatto che si tratta dell'uso di cose consumabili[20].

La possibilità di svalutare l'argomento della diversa natura del contratto di mutuo, che implica nella concessione d'uso della somma di danaro il trasferimento della proprietà, argomento tenuto fermo come abbiamo visto da Bartolo ai Culti, e la critica al divieto d'usura nel diritto romano-canonico, permette di attrarre anche gli interessi pecuniari percepiti attraverso i prestiti di danaro nella nozione giuridica di frutto, come utilità derivanti da un uso lecito della cosa.

Si apre oramai la via per una considerazione del danaro come segno di valore, come cosa-capitale, ed, in questa veste, come bene di cui si può concedere l'uso verso corrispettivo, al di là del fatto che il suo godimento ne implichi necessariamente la consumazione. Ciò però non comporta un accoglimento indiscusso di questa linea interpretativa.

6. *La posizione rigorosa di Domat e Pothier*

Il Domat (1625-1696) definisce in modo unitario il frutto, pur cogliendone una differenziazione dal punto di vista del rapporto di derivazione. Per frutto non si deve intendere in senso ordinario «i frutti che la terra produce», ma più ampliamente ogni tipo di redditi (*revenus*) di qualsiasi natura che il bene può dare. Essi sarebbero di due specie: quelli prodotti dalla terra senza o con la coltura umana; e quelli che non sono frutti della terra, ma che possono ricavarsi dalle cose in base alla volontà umana coerentemente a

[18] *De jure naturae et gentium* cit., p. 763.

[19] CHR. WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae Magdeburgicae (1750), ora in *Gesammelte Werke*, Band 26, Hildesheim (1969), pp. 367-368, le parole riportate sono a p. 368.

[20] Di qui la possibilità di inscrire il mutuo gratuito nei contratti-benefici, ed il mutuo ad interessi *faenus* in quelli onerosi; CHR. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, IV, Halae Magdeburgicae 1744 [ora in *Gesammelte Werken* cit., Band 20], 375 ss.; 987 ss.

quanto regolato dal diritto. In questa seconda specie rientrerebbero le mercedi locative, mentre vi sarebbero comunque esclusi gli interessi pecuniari[21]. Per quest'ultimi rimane infatti ferma l'impossibilità di cogliere un nesso di derivazione, pur fondato sul diritto, dalla somma prestata.

Il Pothier (1699-1772) ritiene vi siano due nozioni di frutto. Una, quella 'propria', come cosa che nasce da altra cosa e suole rinascere; l'altra quella 'ampia', che comprende qualsiasi reddito ricavabile dalle cose. Da questo punto di vista, è chiaro come, sebbene gli interessi pecuniari non siano propriamente frutti; 'civilmente' però si includono nel concetto, data la possibilità di considerare frutto ogni utilità proveniente dalla cosa, ad es. le mercedi locative[22].

Il Pothier, per altro, giustifica la regola dell'acquisto dei frutti al proprietario della cosa-madre come acquisto fondato sul rapporto di accessorietà. Il frutto, quindi, di regola, accede alla proprietà della cosa-madre. Come vedremo questa lettura condiziona alcune soluzioni codificate in materia.

7. *La codificazione della nozione tripartita di frutto*: Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis *(1756)*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten *(1794)*, Code Napoleon *(1804)*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande *(1811)*, *Codice civile italiano (1865)*, BGB *(1900)*, *Codice civile italiano (1942)*

A. *I cd. codici giusnaturalisti dell'area germanica e la teoria dell'utilità*

I primi codici europei, i cd. codici giusnaturalisti dell'area germanica, fissano nella seconda metà del XVIII secolo ed inizio del XIX una nozione di frutto che risente da un lato del differente influsso del diritto canonico nella tradizione romano-germanica, d'altro lato dell'influsso delle idee giusnaturalistiche e giusrazionalistiche.

Nel *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756, trattando dei modi d'acquisto della proprietà, si utilizza la nozione tripartita, specificando che i frutti civili si ricevono 'in occasione della cosa' (II, 3, 20)[23]. Questo codice

[21] *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris (1771), p. 202.

[22] *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae,* Paris (1819), IV, pp. 663-664.

[23] «Die Früchten oder Nutzungen einer Sach werden in *naturales*, *civiles*, *industriales*... *Naturales* werden genannt, welche die Natur der Sach selbst meistentheils ohne menschliches

non si allontana quindi dalla tradizione giuridica precedente, coerentemente alla sua natura, «costituendo piuttosto una 'Reformation' nello stile dell'Usus modernus» che un nuovo concetto di codice secondo le istanze giusnaturalistiche[24].

Al contrario l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794 dà un'impronta originale alla materia, codificando un'ampia teoria delle utilità nelle quali vi inserisce anche i frutti. «Utilità di una cosa che provengono da essa in base al corso della natura, con o senza una lavorazione, sono chiamate frutti» (I, 9, 220)[25]. Questa costruzione della nozione ampia di frutto come utilità permette di considerare anche gli interessi convenzionali (I, 11, 803) come frutti. Si viene in sostanza a rompere quel legame tradizionalmente conservato nella veicolazione del concetto col termine frutto.

Nell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande* del 1811 si considerano soltanti i frutti naturali entro il genere del «natürlicher Zuwachs» (§ 405)[26], mentre in relazione al diritto ai frutti dell'usufruttuario, si preferisce concretizzarlo in un diritto al pieno reddito della cosa, sia consueto che occasionale (§ 511)[27].

B. *La nozione tripartita di frutto nel* Code Napoléon *come adeguata alla lettura fisiocratica dei processi di produzione. Sua influenza sul Codice civile italiano del 1865*

Il *Code Napoléon* del 1804 codifica la nozione tripartita di frutto (naturale, industriale, civile), nell'àmbito dei diritti dell'usufruttuario (art.

Zuthun giebt. *Civiles*, welche mit Gelegenheit der Sach genossen werden, z. B. Stiften, Gilten, Zinsen, wovon §[m] seq. [§ 21 sulle *usurae*]. *Industriales*, welche durch menschlichen Fleiß hervorkommen...»

[24] Così C. A. Cannata, *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, Napoli (1997), III, p. 25.

[25] «Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen, werden Früchte genannt».

[26] «Die natürlichen Früchte eines Grundes, nämlich solche Nutzungen, die er, ohne bearbeitet zu werden, hervorbringt, als: Kräuter, Schwämme und dergleichen, wachsen dem Eigentümer des Grundes, so wie alle Nutzungen, welche aus einem Tiere entstehen, dem Eigentümer des Tieres zu».

[27] «Der Fruchtnießer hat ein Recht auf den vollen, sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag...».

582)[28]. Per i frutti naturali e quelli industriali si abbozza una definizione (i primi sarebbero quelli prodotti spontaneamente dalla terra; i secondi sarebbero quelli che la terra produce attraverso la coltura) (art. 583)[29]. Per i frutti civili si preferisce, invece, la tecnica degli elenchi esemplificativi (art. 584)[30].

Dobbiamo al Turgot (1727-1781), giurista, economista e uomo politico, la sostanziale paternità dell'art. 584 sui «fruits civils», come comprensivi anche dei redditi finanziari.

Per il Turgot, che in materia fa propri argomenti già proposti dai giusnaturalisti laici, il prestito ad interessi è «un commercio... nel quale chi presta vende l'uso del suo danaro e chi prende a prestito lo acquista; esattamente come il proprietario di un terreno e il suo fittavolo vendono e acquistano, rispettivamente, l'uso del fondo affittato»[31].

Già il *Premier projet de Cambacérès* (9 agosto 1793) accentua la stretta correlazione tra esigibilità dei frutti civili e computo civile del tempo di concessione del godimento[32], ascrivendovi gli interessi delle somme esigibili, insieme alle mercedi locative e alle rendite[33].

La linea è tracciata e non subirà sostanziali modifiche nei progetti suc-

[28] «L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit».

[29] «Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. / Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture».

[30] «Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussie rangés dans la classe des fruits civils».

[31] A. R. J. Turgot, *Sulla formazione e la distribuzione della ricchezza,* trad. it. dell'ed. 1766, a cura di G. Rebuffa, Roma (1975), p. 82. Sull'influenza del pensiero del Turgot sul pensiero giuridico successivo, cfr. C. M. Mazzoni, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano (1985), pp. 19 ss. Sul Turgot e il suo rapporto con i primi fisiocratici vd. G. Rebuffa, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano (1974), pp. 49 ss.; Id., *Introduzione*, in A. R. J. Turgot, *op. ult. cit.*, pp. 7-28; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna (1976), pp. 366-367; A. Maffey - M. A. Romani, *La fisiocrazia,* in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, IV. *L'età moderna*, Torino (1983 rist.), pp. 481-483.

[32] Livre II Des Biens, Titre II § 3 de l'Usufruit art 15 «Les fruits civils sont censés échoir jour par jour»; A. Fenet, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code Civil*, (1827, rist. Osnabrück, 1968), I, p. 41.

[33] Art. 16 «Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes»; A. Fenet, *Recueil* cit., I, p. 41.

cessivi[34], sino alla definitiva fissazione degli articoli 584 e 586[35] in materia di usufrutto.

La spinta economica della borghesia in Francia si salda con la riflessione fisiocratica di uno dei suoi più eminenti rappresentanti, che perfeziona un'operazione complessa di critica al Domat e al Pothier sul punto specifico delle *usurae*, viste oramai come una 'utilità' ritenuta strumento ineliminabile per un fisiologico sviluppo economico. La lettura fisocratica dei processi economici e delle regole che li sostengono è una lettura «naturalistica» che porta con sé, rispetto alla nozione giuridica di frutto, un adattamento più o meno consapevole delle categorie giuridiche alla nuova coscienza socio-economica[36].

Con la codificazione della nozione tripartita di frutto si fissa un momento essenziale nella storia del problema, che grande influenza ha avuto sulla scienza giuridica di questi due ultimi secoli.

La nuova categoria dei frutti civili non è definita nel codice francese. Esso rimanda, quindi, alla dogmatica tradizionale, che sviluppa l'idea, già presente nella giurisprudenza romana, del frutto come reddito di sostituzione. Mentre però per i giuristi romani tale reddito di sostituzione è configurabile rispetto alle mercedi locative percepite dai fondi rustici, in quanto produttivi di frutti naturali, adesso si riconosce la stessa natura anche alle mercedi locative di immobili urbani e agli interessi pecuniari, in quanto corrispettivo del godimento dell'immobile o della somma di danaro che altri trae.

[34] Vd. per il Terzo Progêtto Cambacérès 1796 gli artt. 434-435; in A. FENET, *Recueil* cit., I, p. 246; per il Progetto dell'anno VIII 1800, Livre II, Titre III, gli art. 8 e 10; non risultano osservazioni del Tribunale di Cassazione sull'articolo 10 [=586] e sull'8 [=584] si fanno precisazioni soltanto sui «prix des baux à ferme» che devono essere considerati o frutti naturali o industriali A. FENET, *Recueil* cit., II, p. 542. Sull'approvazione in assemblea degli articoli non c'è discussione A. FENET, *Recueil* cit., XI, p. 176; J. G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles (1836) [rist. anast. 1990], IV, pp. 102-103.

[35] «Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit...»

[36] È significativo che nella Discussione del progetto di *Code civil* davanti al Corpo legislativo si colgano bene le motivazioni ideologiche che sostengono il superamento di una nozione gratuita del prestito di danaro. Il Galli cita espressamente Pufendorf contro l'illeicità del prestito ad interessi e l'Abate salernitano Antonio Genovesi, docente di economia civile nell'Ateneo napoletano; FENET, *Recueil* cit., XIV, pp. 452-453. Il Tribuno Albisson parla di «volontà nazionale» in base alla quale «on convenait que l'argent est le signe des valeurs. On convenait encore que les valeurs peuvent être louées...» FENET, *op. ult. cit.*, XIV, p. 471.

Una tale costruzione, che sviluppa in chiave di rapporto di occasionalità la derivazione del reddito dalla cosa, risulta però inadeguata a chi si dimostri già attento alle nuove forme di produzione del capitale. Non è un caso che sia proprio Pellegrino Rossi (1787-1848), quando è titolare della cattedra in materia economica del Collegio di Francia, a censurare la tripartizione del *Code Napoleon* in una Memoria presentata all'Accademia delle scienze morali e politiche di Francia, in quanto essa escluderebbe dai frutti i prodotti del capitale e i prodotti del lavoro, quando questi non concorrano con il terzo elemento di produzione, cioè la terra. In questo modo si escluderebbero dal concetto giuridico tutte le cose nuove che rappresentano la vera ricchezza dei mercati contemporanei[37].

Il Codice civile italiano del 1865, all'art. 444 preferisce definire anche quest'ultima classe. Esso distingue tra frutti naturali («che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o non vi concorra l'industria dell'uomo, come le biade, il fieno, la legna, i parti degli animali e i prodotti delle miniere, cave e torbiere») e civili. Quest'ultimi sarebbero quelli «che si ottengono per occasione dalla cosa, come gli interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizi ed ogni altra rendita. I fitti e le pigioni dei fondi appartengono alla classe dei frutti civili». L'accentuazione dell'occasionalità rende in modo plastico l'ontologica diversità tra le due classi di frutti, non suscettibile di individuare un àmbito comune[38]. Nella categoria dei frutti civili viene svilito il requisito della periodicità e del collegamento tra essi e la cosa coinvolta nel negozio giuridico.

Dal punto di vista sistematico si preferisce inserire l'articolo nelle accessioni alla proprietà, dimostrando di condividere una considerazione dell'acquisto di essi esclusivamente come estensione della logica della proprietà sulla cosa-madre.

[37] Vd. E. PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, settima ed. riveduta dal sen. G. VENZI, Torino (1927), I, p. 179.

[38] Solo i naturali sarebbero «veramente frutti», mentre i civili sarebbero quelli che «non nascono dal corpo stesso della cosa, ma che si ottengono per occasione della cosa, e mediante un contratto, di cui la medesima forma oggetto», citando in nota D. 50, 16, 121; E. PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato* cit., I, pp. 176-178.

C. *La nozione ampia di frutto nei par. 99 e 100 del Codice civile tedesco come conseguenza della* Nutzungstheorie *della tradizione romano-germanica e della discussione emersa nella Pandettistica; mancata codificazione della nozione di frutto come reddito del capitale*

Il Codice civile tedesco fissa una nozione ampia di frutto. In base al par. 99 sono frutti tutti i prodotti e gli altri proventi che possono trarsi da una cosa conformemente alla sua natura (*ihrer Bestimmung gemäß*); frutti di un diritto sono i redditi che il diritto assicura conformemente alla sua natura; frutti sono anche i redditi che una cosa o un diritto assicurano grazie ad un rapporto giuridico[39]. Secondo il par. 100 sono utilità (*Nutzungen*) i frutti di una cosa o di un diritto, così come i vantaggi che assicura l'uso della cosa o del diritto[40].

Questa ampia costruzione è conseguenza da un lato della teoria romano-germanica dell'utilità, che aveva trovato particolare espressione nell'*ALR* (1794) e nell'*ABGB* austriaco del 1811; d'altro lato della costruzione dogmatica realizzata nello svolgimento Savigny-Windscheid (vd. *supra* pp. 9 ss; 11 ss.). Al contrario non viene codificata la nozione unitaria elaborata dal Dernburg e sviluppata da Petražycki di frutto come reddito del capitale.

La scienza giuridica tedesca, nell'interpretazione successiva del *BGB*, dimostra la persistenza di uno sforzo di costruzione unitaria della nozione, pur a fronte della soluzione del codice. Il che è confermato dall'applicazione rigorosa che essa fa dei requisiti della derivazione e della relativa periodicità del reddito, che si concretizza quindi in un normale reddito della cosa o del diritto secondo gli usi di essi conformi alla loro natura.

[39] «Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. / Früchte eines Rechtes sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, insbesondere bei einem Recht auf Gewinnung von Bodenbestandteilen die gewonnenen Bestandteile. / Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt».

[40] «Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt».

D. *La formulazione dell'articolo 820 del Codice civile italiano del 1942 esprime un compromesso tra modello francese e tedesco. Essa non elimina le contraddizioni della nozione tripartita di frutto e le perpetua entro la bipartizione tra frutti naturali e civili. Tentativo di superare queste contraddizioni da parte della dottrina italiana, al fine di costruire una nozione unitaria di frutto*

Il codice civile italiano del 1942 fissa una nozione bipartita di frutto: naturale, quello che proviene direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo; civile quello che si ritrae dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia (art. 820).

Con essa non vengono meno le contraddizioni che la nozione tripartita conservava, ed al contrario, se vogliamo, esse si accentuano nel momento in cui si realizza un compromesso tra modello francese e modello tedesco. L'accentuazione infatti del frutto civile come reddito di sostituzione della concessione del godimento della cosa non abbraccia le ipotesi di reddito che la coscienza sociale e gli usi economici considerano frutti civili, e quelli che la stessa produzione capitalistica materializza[41].

Migliore mi sembra, invece, la tendenza riscontrata nella dottrina che, a fronte della nozione bipartita di frutto del codice, ne tenta una lettura diretta ad individuarne le caratteristiche comuni, al fine di elaborare una nozione unitaria[42]. Ciò è peraltro coerente con le conseguenze sul piano della disciplina giuridica applicabile (diritto ai frutti dell'usufruttuario; determinazione dei frutti oggetto di restituzione; frutti dotali ecc.) che si traggono dall'ascrivibilità di redditi o utili, percepiti da nuove forme di godimento dei beni, nella nozione di frutto[43]. In questo senso la discussione che vede coinvolti alcuni eminenti giuristi italiani di questo secolo sugli elementi comuni caratterizzanti la categoria, è il sintomo del riadeguamento della nozione di frutto innestata nell'interpretazione giuridica dai codici e dalla riflessione su questi.

[41] G. Pugliese, *Usufrutto*[2] cit., p. 303.

[42] La discussione permane sul piano dei requisiti minimi della nozione unitaria; vd. ad es. L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, Milano (1947), pp. 13 ss., p. 66; G. Pugliese, *Usufrutto* cit., pp. 288 ss.; P. Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, in ED. XVIII (1969), pp. 205 ss., in particolare per la sua ricostruzione pp. 214-215, e per la tenuta di essa in rapporto ai frutti civili, pp. 215-217; D. Bellantuono, *I frutti*, in *Trattato Rescigno*, Torino (1982), pp. 62 ss.; C. M. Mazzoni, *Frutti*, in *Digesto IV delle discipline privatistiche* (1992), pp. 548-552.

[43] P. Barcellona, *Frutto e profitto d'impresa*, Milano (1970).

8. *Assenza di una nozione unitaria di frutto in alcuni codici civili del sistema giuridico romanistico e tentativo di superamento di questo limite da parte della scienza giuridica*

Dalle schede qui sommariamente raccolte, emerge una possibile chiave di lettura: quella di una nozione non unitaria di frutto fissatasi per ragioni storiche nei moderni codici civili, a cui si affianca uno sforzo omogeneo della scienza giuridica dei diversi ordinamenti nazionali[44] del sistema giuridico romanistico teso a costruire una nozione unitaria di frutto.

Questo sforzo evidenzia momenti di rigore concettuale e momenti di rottura, che stimolano poi i necessari assestamenti. L'attuale, per quanto è dato capire, è una fase storica di passaggio, nella quale la scienza giuridica del sistema romanistico viene a saggiare la tenuta della categoria rispetto alla modificata forma di produzione imposta dal capitale.

Mi sembra importante, allora, nell'attuale fase storica, valorizzare una nozione di frutto non slegata dalla sua destinazione al soddisfacimento dell'uomo, al fine di evitare le conseguenze aberranti di un acritico adeguamento del concetto alla forma capitalistica di produzione. A me sembra, in altre parole, che il recupero della ricchezza di prospettive e costruzioni dogmatiche provenienti dal diritto romano abbia importanza rispetto a diversi punti di vista.

In primo luogo, per il tradizionale, ma sempre valido adagio, che la storia passata può insegnare qualcosa. In particolare, questo mi sembra vero rispetto al ruolo che i giuristi romani hanno rivendicato nel guidare, senza grandi scosse, ma con innovazioni significative, le questioni pratiche coinvolte dalla spettanza dei prodotti e dei redditi ricavati dalle cose. Questo anche, ed anzi soprattutto, in epoche di forti dinamiche economiche e commerciali, riflesse anche nelle forme di produzione (si pensi al riadeguamento della concezione naturalistica nella tarda repubblica, o all'apertura labeoniana e sabiniana), che potevano favorire uno svilimento dei requisiti della categoria tecnico-giuridica (ad es. il ritorno al rigore concettuale con Giuliano).

[44] All'interno dei processi di unificazione del diritto si evidenzia, sempre più consapevolmente, il ruolo della scienza giuridica, la quale, meglio delle legislazioni e dei giudici nazionali, dimostra spesso, inconsapevolmente, una unità dogmatica che è compito della storia del diritto e della comparazione giuridica svelare; vd. in relazione alla auspicata unità giuridica europea le belle pagine di R. ZIMMERMANN, *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto, a cura dell'Istituto di storia del diritto italiano dell'Università degli Studi di Milano*, Milano (1996), pp. 1-25.

Anche nel XIX e XX secolo, la scienza giuridica si trova a dover conciliare le spinte economiche fortemente innovative, quelle della produzione capitalistica, con le costruzioni dogmatiche tradizionali accolte nei codici civili. Mi sembra, quindi, che sia da assecondare la riscontrata tendenza della dottrina a costruire una nozione unitaria di frutto, pur a fronte del disomogeneo quadro normativo codificato. A questo riguardo, può essere opportuno un richiamo al rigore concettuale, in quanto esso svolge una funzione non meramente ossequiosa alla tradizione, ma semmai di verifica della tenuta della nozione di frutto rispetto alle nuove forme di reddito indotte dalla produzione capitalistica.

Questa verifica dovrebbe mantenere, a mio avviso, alcuni punti fermi, come in particolare, il principio della necessaria destinazione del frutto al soddisfacimento dell'uomo, e ciò soprattutto in una società e in una economia che tendano a costruire modelli non a sua misura. È questo un principio che per primo ha esplicitato Labeone (*in fructu id esse intellegitur, quod ad usum hominis inductum est*; D. 33, 2, 42), e che non è mai venuto meno nel sapere giuridico di tradizione romanistica fino al XVIII secolo, ma che oggi è particolarmente insidiato dalla nuova forma economica di produzione. La disumanizzazione insita nella nozione di frutto come reddito del capitale è, infatti, un rischio non sempre adeguatamente messo in luce, a cui la scienza giuridica dovrebbe reagire. L'accoglimento di essa implicherebbe un appiattimento del concetto sui profitti d'impresa, organizzata nella forma della società di capitali, venendo a perdere quello stretto legame della nozione di frutto con la salvaguardia dei beni da cui il frutto si trae e con il fine di soddisfare bisogni umani. Dal primo punto di vista, non sfuggono le implicazioni sul piano della conservazione delle risorse esistenti, delle cose da cui il reddito si ricava, con un avallo giuridico degli sfruttamenti irresponsabili del grande capitale. Dal secondo, la perdita di un requisito essenziale della categoria, a favore del reddito come utilità al netto, risultato di un calcolo contabile tra costi e benefici dell'impresa.

Le diverse costruzioni della nozione giuridica di frutto che la *iurisprudentia* ci ha lasciato, sono al contrario tutte, nella loro diversità, imprescindibilmente fondate sul principio che il frutto è destinato *ad usum hominis*. Esse quindi sono da questo punto di vista più adatte ad esprimere la categoria coerente con un diritto privato in quanto diritto degli uomini.

Infine, la ricostruzione del problema giuridico sollevato dalla nozio-

ne di frutto nell'esperienza giuridica romana permette di chiarire meglio le ragioni storiche delle contraddizioni riflesse nei moderni codici civili del sistema romanistico. Essa infatti illumina i fattori complessi che nei singoli ordinamenti giuridici nati dalla frammentazione del *ius commune* hanno portato alla fissazione della categoria secondo la costruzione tripartita di frutto nei moderni codici, e permette di individuare nella scienza giuridica il fattore più attivo per un suo superamento.

INDICE DEGLI AUTORI*

Abramenko, 86 n. 23.
Albanese, 35 n. 16; 86 n. 23; 112 n. 95.
Albertario, 108 n. 83; 156 n. 62; 178 n. 112; 236 n. 59; 307 n. 120; 334 n. 24; 363 n. 98.
Aliffi, 26 n. 85.
Amaya Calero, 86 n. 23; 250 n. 25.
Ambrosino, 82 n. 14.
Amelotti, 329 n. 10; 334 n. 24.
Amirante, 34 n. 13; 126 n. 142; 152 n. 51; 197 n. 18.
Andrés Santos, 288 n. 73.
Angelini, 178 n. 112.
Ankum, 111 n. 92; 231 n. 46; 243 n. 2; 403 n. 12.
Arangio-Ruiz, 66 n. 84; 85 n. 23; 149 n. 44; 152 n. 53; 178 n. 112; 192 n. 2; 231 n. 46; 316 n. 148; 375 n. 11; 386 n. 38.
Arcaria, 208 n. 51.
Archi, 39 n. 26; 111 n. 90; 364 n. 100; 374 n. 9.
Aricò Anselmo, 180 n. 118; 291 n. 77.
Aru, 110 n. 87; 228 n. 37.
Astolfi, 102 n. 68; 146 n. 36; 206 n. 48; 215 n. 1; 253 n. 35.
Astuti, 179 n. 114.

Bacherler, 33 n. 10.
Bachofen, 135 n. 8.
Backhaus, 73 n. 109.
Baldus de Ubaldis, 261 n. 18.
Bammate, 306 n. 117.
Barcellona, 413 n. 42; 413 n. 43.
Barone Adesi, 353 n. 72.
Bartolus, 400 n. 4.
Barton, 113 n. 96.
Bartošek, 280 n. 52.
Basanoff, 85 n. 23.
Baumann, 209 n. 59.
Bechmann, 35 n. 16.
Beduschi, 158 n. 63.
Behrends, 38 n. 21; 39 n. 27; 57 n. 65; 83 n. 18; 85-86 n. 23; 112 n. 95; 116 n. 104; 120 n. 120; 208 n. 53.
Bekker, 113 n. 96.
Bellantuono, 413 n. 42.
Bellocci, 291 n. 77.
Below, 120 n. 119.
Benedek, 26 n. 85.
Benke, 75 n. 118.
Bensa, 12 n. 23.
Benveniste, 31 n. 5.
Berger, 33 n. 12.
Beseler, 62 n. 75; 91 n. 38; 108 n. 84; 120 n. 119; 151 n. 50; 167 n. 84; 256 n. 1; 344 n. 52.
Besta, 399 n. 2.
Betti, 47 n. 44; 117 n. 108; 149 n. 44; 269 n. 29; 273 n. 36; 316 n. 148.
Bianchini, 370 n. 1.
Bianchi Fossati Vanzetti, 125 n. 137.
Bignardi, 70 n. 97.
Biondi, 21 n. 68; 61 n. 73; 79 n. 6; 81 n. 12; 171 n. 94; 172 n. 98; 179 n. 114.
Birks, 86 n. 23.
Biscardi, 256 n. 1; 337 n. 32.
Bluhme (von), 186 n. 134.
Bochenski, 174 n. 100.
Bojarski, 26 n. 85.
Bona, 34 n. 15; 73 n. 109; 83 n. 17; 84 n. 21; 106 n. 80; 126 n. 140; 131 n. 151.

* Si indicano i luoghi della prima ricorrenza dell'opera citata.

Bonfante (G.), 19 n. 58.
Bonfante (P.), 19 n. 58; 81 n. 13; 275 n. 44.
Bonini, 370 n. 1; 388 n. 41.
Bortolucci, 196 n. 14.
Boscherini, 33 n. 12.
Bove, 236 n. 59.
Bozza, 113 n. 96.
Bradley, 309 n. 124.
Branca, 113 n. 96; 152 n. 53.
Brandsma, 382 n. 24.
Brasiello, 70 n. 99.
Bremer, 101 n. 66; 229 n. 38.
Bretone, 24 n. 80; 39 n. 25; 62 n. 76; 63 n. 78; 73 n. 111; 106 n. 80; 110 n. 86, 192 n. 1.
Brini, 85 n. 23.
Broggini, 41 n. 30.
Brünneck, 204 n. 42.
Bruns, 59 n. 69.
Brutti, 85 n. 23.
Buckland, 81 n. 14; 85 n. 23; 171 n. 94.
Bürge, 120 n. 120; 178 n. 112; 306 n. 118.
Bund, 163 n. 76; 216 n. 2.
Buonamici, 41 n. 29.
Burdese, 39 n. 27; 54 n. 60; 55 n. 61; 106 n. 80; 112 n. 95; 113 n. 96; 126 n. 141; 152 n. 53; 178 n. 112; 284 n. 61; 286 n. 66.
Buti, 45 n. 38; 127 n. 143.
Bynkershock, 120 n. 119.

Cambiano, 89 n. 32.
Campolunghi, 346 n. 59.
Cannata, 39 n. 25; 45 n. 38; 49 n. 48; 49 n. 50; 105 n. 76; 151 n. 53; 256 n. 1; 403 n. 12; 408 n. 24.
Capogrossi Colognesi, 30 n. 4; 52-53 nn. 57-58; 57 n. 66; 65 n. 80; 74 n. 113; 286 n. 65.
Carcaterra (A.), 112 n. 95; 243 n. 2.
Cardilli, 50 n. 54; 259 n. 10.
Casavola, 60 n. 71; 111 n. 90; 130 n. 150; 306 n. 119.
Castello, 87 n. 27.
Catalano, 54 nn. 58, 60; 86 n. 23.
Cenderelli, 327 n. 5; 375 n. 11.
Cerami, 167 n. 84.
Cervenca, 103 n. 70; 105 n. 79; 306 n. 117; 360 n. 87.
Chiazzese, 140 n. 18.
Chorus, 318 n. 154.
Cynus, 399 n. 3.
Cohen, 333 n. 23.
Coli, 263 n. 19.
Coppola, 125 n. 133; 321 n. 162.
Corbino ,48 n. 47; 56 n. 62; 65 n. 80; 286 n. 66.
Cortese, 53 n. 58.
Cosentini, 121 n. 122.
Crawford, 35 n. 16.
Crifò,19 n. 58; 33 n. 12; 103 n. 72; 163 n. 78; 388 n. 41.
Cujas, 90 n. 33.
Cursi, 283 n. 60.
Czyhlarz (von), 250 n. 22.

Da Nobrega, 275 n. 44.
Daube, 118 n. 115; 288 n. 73; 333 n. 23.
de Francisci, 30 n. 4; 84 n. 21; 360 n. 87.
De Giovanni, 334 n. 24.
Deininger, 54 n. 57.
Dell'Agli, 52 n. 58; 108 n. 83.
Dell'Oro, 195 n. 12.
Delmaire, 336 n. 31.
De Marini Avonzo, 45 n. 38.
De Martino, 30 nn. 4-5; 52 n. 58; 92 n. 45; 104 n. 74; 108 n. 83.
Demicheli, 362 n. 93.
de Neeve, 126 n. 141.
Dernburg, 12 n. 25; 179 n. 115.
de Robertis, (A.) 305 n. 114.
de Robertis, (F.M.) 243 n. 2.
De Ruggiero, 80 n. 9.
Desanti, 279 n. 51.
De Simone, 65 n. 83.
De Visscher, 88 n. 30.
Devoto, 30 n. 5.
Didier, 185 n. 130.
Diesselhorst, 38 n. 21; 111 n. 91.
Dihle, 193 n. 5.
Diliberto, 59 n. 67; 246 n. 14.
Di Marzo, 101 n. 66-67.
Diósdi, 375 n. 11.
Di Paola, 229 n. 38.
Di Porto, 297 n. 96.
D'Ippolito, 35 n. 16; 39 n. 24-25; 59 n. 69; 101 n. 66.
Dirksen, 59 n. 69; 195 n. 13.

Di Salvo, 65 n. 83.
Dölger, 363 n. 96.
Domat, 407 n. 21.
Donatuti, 270 n. 33.
Doneau, 142 n. 24-25.
d'Ors, 200 n. 28.
d'Orta, 136 n. 10.
Duaren, 105 n. 75.
Dufour, 403 n. 12.
Dulckeit, 145 n. 32.
Dumont (J.Chr.), 86 n. 22.
Dumont (F.), 108 n. 83.
Duncker, 208 n. 53.
Dupont, 334 n. 24; 337 n. 33.

Eckart Voss, 362 n. 95.
Eisele, 109 n. 85.
Elvers, 10 n. 10.
Ernout, 32 n. 9.

Fadda, 23; 101 n. 65.
Falcone, 44 n. 37; 62 n. 76; 70 n. 97; 382 n. 24.
Fehr, 135 n. 8.
Fenet ,409 n. 32.
Ferrini, 108 n. 83; 263 n. 19; 316 n. 147; 384 n. 30.
Filip-Fröschl, 86 n. 23.
Finley, 89 n. 32; 309 n. 124.
Fiorentini, 204 n. 39.
Fiori ,50 n. 54.
Firpo, 100 n. 65; 409 n. 31.
Fitting, 288 n. 73.
Flach, 35 n. 16.
Flume, 171 n. 93.
Formigoni, 174 n. 100.
Fraenkel, 84 n. 21.
Franciosi, 31 n. 7; 45 n. 38; 52 n. 58; 87 n. 28.
Frezza, 243 n. 2.
Frier, 126 n. 141.
Fuchs, 270 n. 32.
Funaioli, 38 n. 18.

Gallo, 60 n. 71; 80 n. 10; 88 n. 30; 103 n. 72; 236 n. 59; 284 n. 61; 362 n. 95.
García Vázquez, 157 n. 62.
Garnsey, 89 n. 32.
Gaudemet, 367 n. 109.
Genty, 265 n. 22.
Georgescu, 105 n. 76.
Giardina, 101 n. 65; 335 n. 27.
Giaro, 13 n. 27; 142 n. 26; 176 n. 108; 219 n. 11; 307 n. 121.
Gigon, 91 n. 36.
Giliberti, 126 n. 141; 208 n. 53.
Gimmerthal, 105 n. 78.
Giodice Sabbatelli, 306 n. 117.
Gioffredi, 35 n. 16; 37 n. 21; 231 n. 46; 312 n. 137.
Giovè Marchioli, 34 n. 14.
Giuffrè, 50 n. 54; 52 n. 58; 101 n. 66; 107 n. 80.
Glück, 205 n. 43.
Godefroy (J.), 45 n. 38.
Göppert, 11 n. 17.
Goldschmidt (V.), 91 n. 36.
Goria, 88 n. 30; 370 n. 2.
Gradenwitz, 59 n. 69; 358 n. 82.
Grandazzi, 34 n. 15.
Grosso, 22 n. 72; 78 n. 3; 85 n. 23; 88 n. 30; 106 n. 80; 157 n. 62; 172 n. 98; 199 n. 26; 208 n. 53; 242 n. 1; 306 n. 117.
Grotius, 405 n. 15.
Grünewald, 334 n. 24.
Grupe, 62 n. 75; 274 n. 38.
Guarino, 25 n. 84; 33 n. 13; 38 n. 22; 52 n. 58; 303 n. 108; 325 n. 3; 370 n. 1.
Guarneri Citati, 195 n. 12.
Guillen, 33 n. 12.

Hackl, 45 n. 38.
Hallebeek, 312 n. 137.
Hammerstein, 197 n. 18.
Hausmaninger, 112 n. 95.
Haymann, 180 n. 118.
Heimbach, 7 n. 1; 390 n. 46.
Heldrich, 122 n. 127.
Hellebrand, 124 n. 136.
Herdlitizka, 60 n. 70.
Herrmann-Otto, 83 n. 19.
Herrera Bravo, 101 n. 65.
Heumann, 17 n. 48.
Herzen, 101 n. 65.
Hofmann, 32 n. 9; 109 n. 84; 162 n. 74.
Honoré, 60 n. 69; 160 n. 69; 187 n. 134; 231 n. 46; 370 n. 1; 375 n. 11.

Honsell, 64 n. 79.
Horak, 85 n. 23; 86 n. 23; 163 n. 77; 196 n. 14; 294 n. 87.
Huschke, 343 n. 49.
Huwiler, 86 n. 23.

Immenga, 83 n. 18.
Impallomeni, 185 n. 130.
Ioppolo, 105 n. 75.

Jacota, 126 n. 141.
Jhering, 105 n. 75; 217 n. 6.
Jones, 332 n. 19.
Jors, 327 n. 5.

Kaden, 185 n. 132; 267 n. 26.
Kaiser, 187 n. 134.
Kalenka, 235 n. 56.
Karlowa, 81 n. 13.
Kaser, 25 n. 84; 35 n. 16; 42 n. 31-32; 45 n. 38; 46 n. 39; 60 n. 70; 78 n. 3; 108 n. 84; 111 n. 90; 112 n. 95; 122 n. 128; 134 n. 4; 135 n. 5; 140 n. 18; 175 n. 102; 200 n. 28; 231 n. 46; 236 n. 59; 244 n. 4; 248 n. 16; 256 n. 1; 302 n. 107; 306 n. 117; 310 n. 131; 324 n. 1.
Kaufmann, 124 n. 134.
Klami, 256 n. 1.
Kniep, 80 n. 10.
Knütel, 103 n. 70; 202 n. 35; 231 n. 46; 378 n. 16; 381 n. 22.
Koeppen, 234 n. 50.
Köhn, 126 n. 142.
Kohlhaas, 135 n. 6.
Kolendo, 30 n. 5.
Kornhardt, 62 n. 76.
Kranjc, 319 n. 157.
Krason, 26 n. 85.
Kreller, 310 n. 131.
Kreuter, 367 n. 109.
Krüger (H.), 217 n. 7.
Krüger (P.), 59 n. 69; 140 n. 19; 267 n. 25.
Krüger (W.), 146 n. 35.
Kübler, 163 n. 78; 225 n. 28; 384 n. 30.
Kudlien, 120 n. 119.
Kunkel, 149 n. 44; 192 n. 1; 246 n. 14; 343 n. 46.
Kupiszewski, 318 n. 156.
Kurz, 183 n. 127.

Labruna, 55 n. 61; 65 n. 83.
Lambert, 244 n. 4.
Lamberti, 226 n. 32.
Lambertini, 67 n. 85; 367 n. 109.
Lambrini, 112 n. 95.
Lanata, 370 n. 4.
Lanfranchi, 234 n. 50.
Lange, 219 n. 11.
Lantella, 88 n. 30; 98 n. 62.
Lanza, 49 n. 47.
La Rosa (F.), 288 n. 73.
La Rosa (R.), 47 n. 43.
Latte, 71 n. 103.
Lauria, 59 n. 69; 113 n. 96; 229 n. 38; 340 n. 40.
Lautner, 297 n. 96.
Lavaggi, 121 n. 123.
Le Bonniec, 71 n. 103.
Lehmann, 288 n. 73.
Lenel, 78 n. 2; 101 n. 66; 102 n. 70; 301 n. 106.
Leonhard, 17 n. 48; 371 n. 6.
Levy (E.), 338 n. 36; 339 n. 38; 344 n. 51.
Lèvy (J.Ph.), 180 n. 117.
Levy-Bruhl, 35 n. 16; 37 n. 21.
Liebs, 101 n. 66; 213 n. 63; 301 n. 104; 327 n. 5; 340 n. 39; 353 n. 71.
Ligios, 168 n. 86.
Linares Pineda, 101 n. 65.
Linderski, 86 n. 23.
Lindsay, 34 n. 15.
Litewski, 256 n. 1; 346 n. 58.
Lobrano, 52 n. 58.
Locré, 410 n. 34.
Lo Cascio, 101 n. 65.
Löffelmann, 243 n. 2.
Lokin, 374 n. 9.
Lombardi, 203 n. 37.
Longo, (C.) 81 n. 14.
Longo (G.), 65 n. 82; 156 n. 62; 288 n. 73.
Lübtow (von), 43 n. 33; 149 n. 44.
Luchetti, 362 n. 93; 370 n. 2.
Luraschi, 86 n. 24.
Luzzatto, 45 n. 38; 337 n. 34.

MacCormack, 206 n. 49; 256 n. 1.
Macours, 306 n. 117.

Maddalena, 95 n. 57.
Maffey, 409 n. 31.
Magdelain, 45 n. 37; 46 n. 42.
Mancaleoni, 331 n. 17.
Manigk, 134 n. 1; 243 n. 2; 318 n. 156.
Mantello, 105 n. 76; 185 n. 130.
Manthe, 72 n. 108.
Mantovani, 39 n. 24; 56 n. 61; 113 n. 96; 124 n. 135; 131 n. 150; 181 n. 119; 374 n. 10.
Manzo, 111 n. 89.
Marcou, 363 n. 96.
Marrone, 35 n. 16; 78 n. 1; 284 n. 61; 331 n. 16; 378 n. 14.
Martindale, 332 n. 19.
Martini, 178 n. 112; 184 n. 129; 248 n. 16.
Maschi, 316 n. 147.
Masi Doria, 125 n. 137.
Masson, 82 n. 14.
Mayer-Maly, 85 n. 23; 112 n. 95; 314 n. 140.
Mayr, 263 n. 20.
Mazzoni, 14 n. 31; 413 n. 42.
Medicus, 66 n. 84; 149 n. 44.
Meillet, 32 n. 9.
Meincke, 151 n. 49.
Melillo, 100 n. 65.
Memmer, 273 n. 36.
Menichetti, 31 n. 5.
Messina Vitrano, 208 n. 53.
Metro, 66 n. 84; 325 n. 3.
Meyer, (G.) 71 n. 100.
Meylan, 157 n. 63; 274 n. 38.
Michel, 178 n. 112.
Milazzo, 107 n. 80.
Misera, 109 n. 85; 180 n. 118; 228 n. 35; 311 n. 134.
Mitteis, 288 n. 74; 335 n. 26; 338 n. 36; 355 n. 76.
Momigliano, 31 n. 5.
Mommsen, 47 n. 43.
Monier, 338 n. 37.
Morgese, 59 n. 69.
Morris, 332 n. 19.
Mosco, 413 n. 42.
Müller, 34 n. 15.
Müller-Ehlen, 200 n. 28.
Murga, 151 n. 49; 362 n. 94.
Murillo Villar, 321 n. 162.
Negri, 95 n. 57; 131 n. 150; 181 n. 119.
Nelson, 62 n. 75.
Nicolet, 100 n. 65.
Nicosia, 37 n. 21; 55 n. 61; 62 n. 75; 109 n. 85; 144 n. 30.
Niedermayer, 273 n. 36.
Nishimura, 123 n. 130.
Nörr, 105 n. 76; 123 n. 130; 192 n. 1; 209 n. 59; 246 n. 14; 332 n. 21.
Noodt, 103 n. 72.

Ofner, 283 n. 61.
Orestano, 107 n. 80; 307 n. 121; 345 n. 56.
Orio, 248 n. 17.
Osler, 187 n. 134.
Otto (C.E.), 307 n. 120.
Otto (E.), 45 n. 38; 120 n. 119.

Pacifici-Mazzoni, 411 n. 37.
Palazzolo, 215 n. 1.
Palma, 70 n. 97; 307 n. 120.
Pampaloni, 81 n. 14; 143 n. 28; 157 n. 63; 208 n. 53.
Papa, 157 n. 62.
Pappoulias, 134 n. 2.
Pareto, 100 n. 65.
Patault, 70 n. 97.
Pavis d'Escurac, 338 n. 37.
Peláez, 101 n. 65.
Pennitz, 47 n. 44.
Penta, 378 n. 14.
Peppe, 246 n. 14.
Pergami, 357 n. 78.
Pernice, 87 n. 27; 109 n. 85; 112 n. 95; 134 n. 1; 256 n. 1; 283 n. 61; 291 n. 77.
Perozzi, 19 n. 56.
Pescani, 120 n. 120; 183 n. 126.
Pestalozza, 71 n. 103.
Peters, 171 n. 93.
Petot, 61 n. 72.
Petrażycki 13 n. 26; 275 n. 44.
Pezzana, 306 n. 117.
Piazza, 41 n30.
Pocceti, 33 n. 13.
Polaček, 26 n. 85.
Polara, 118 n. 117.
Pothier, 407 n. 22.

Pringsheim, 145 n. 32; 167 n. 84; 369 n. 1.
Provera, 120 n. 120; 178 n. 112; 370 n. 2.
Puchta, 103 n. 72.
Pufendorf, 405 n. 16.
Puglicse, 22 n. 73; 38 n. 21; 106 n. 80.
Pugsley, 375 n. 11.

Quadrato, 86 n. 23; 178 n. 112.

Radici Colace, 26 n. 85.
Radke, 33 n. 12.
Rainer, 181 n. 119.
Ramelet, 250 n. 23.
Rascón, 101 n. 65.
Ratti, 61 n. 72.
Rebuffa, 409 n. 31.
Reduzzi Merola, 86 n. 23.
Reggi, 147 n. 38; 230 n. 44.
Reichel, 14 n. 32.
Reitzenstein, 34 n. 15.
Renard, 208 n. 53.
Reszczyński, 200 n. 28.
Rezzonico, 179 n. 114.
Riccobono, 82 n. 14; 137 n. 15; 145 n. 32; 156 n. 62; 167 n. 84; 180 n. 117; 218 n. 7; 316 n. 147.
Rodger, 60 n. 67; 375 n. 11.
Röhle, 347 n. 65.
Romani, 409 n. 30.
Romano (Silvio), 243 n. 2.
Roth, 121 n. 123.
Rotondi, 327 n. 5.
Rozwadowski, 179 n. 114.
Rüpke, 337 n. 35.
Ruggieri, 113 n. 96.

Sabbatucci, 71 n. 103.
Sachers, 180 n. 118.
Saccoccio, 209 n. 59.
Salazar Revuelta, 101 n. 65.
Sałkowski, 146 n. 35.
Santalucia, 102 n. 68; 360 n. 87.
Santoro, 35 n. 16; 38 n. 22; 177 n. 109.
Sargenti, 69 n. 95; 86 n. 24; 334 n. 24; 337 n. 33; 337 n. 33; 337 n. 35; 362 n. 92.
Savigny, 9 n. 12.
Sbordone, 33 n. 12.
Scapini, 81 n. 13; 157 n. 62.
Scarano Ussani, 91 n. 35.
Scarlata Fazio, 25 n. 83
Scheel (von), 100 n. 65.
Schellenberg, 367 n. 109.
Scheltema, 374 n. 9.
Scherillo, 101 n. 66; 111 n. 90; 288 n. 74; 326 n. 4; 340 n. 40.
Schermaier, 86 n. 23; 116 n. 104.
Schiavone, 31 n. 5; 84 n. 21; 86 n. 23; 115 n. 103; 129 n. 149; 291 n. 77.
Schiller, 121 n. 123; 125 n. 138.
Schilling, 307 n. 120.
Schipani, 60 n. 71; 129 n. 149; 175 n. 102; 291 n. 77.
Schirmer, 204 n. 42.
Schmidlin, 174 n. 100; 403 n. 12.
Schneider, 307 n. 120.
Schönbauer, 219 n. 11
Schulting, 118 n. 111.
Schulz, 60 n. 71; 85 n. 23; 146 n. 36; 178 n. 111; 256 n. 1.
Schwarz, 179 n. 113.
Scialoja, 19 n. 59.
Seckel, 17 n. 48.
Seeck, 337 n. 33; 346 n. 62.
Segré, 20 n. 62; 66 n. 83.
Seidl, 172 n. 98
Selb, 45 n. 38
Sellert, 112 n. 95.
Serrao, 30 n. 4; 39 n. 27; 53 n. 58; 178 n. 112.
Simon, 333 n. 23; 335 n. 27.
Sini, 62 n. 76
Sintenis, 135 n. 8; 307 n. 120.
Sirago, 30 n. 4.
Sitzia, 69 nn. 94-95.
Söllner, 198 n. 23.
Sokolowski, 17 n. 49
Solazzi, 66 n. 83; 145 n. 31; 178 n. 112; 220 n. 12.
Solidoro Maruotti, 335 n. 26.
Spagnuolo Vigorita, 52 n. 58; 108 n. 83; 335 n. 27; 335 n. 28.
Spruit, 217 n. 6.
Staszków, 38 n. 22.
Stein, 174 n. 101; 201 n. 32; 379 n. 18; 403 n. 12.

Steinberger, 208 n. 53.
Steinwenter, 192 n. 1.
Sturm, 85 n. 23; 134 n. 2; 231 n. 46; 256 n. 1.
Szantyr, 109 n. 84; 162 n. 74.

Tafaro, 171 n. 95; 209 n. 59; 232 n. 49.
Talamanca, 45 n. 38; 86 n. 23; 102 n. 68; 103 n. 70; 106 n. 80; 113 n. 96; 114 n. 100; 121 n. 122; 135 n. 6; 174 n. 100; 181 n. 119; 367 n. 109.
Talbert, 104 n. 74.
Tarello, 409 n. 31.
Taubenschlag, 319 n. 159; 335 n. 26.
Tellegen Couperus, 102 n. 69.
Tellegen (J.W.), 102 n. 69.
Thélohlan, 124 n. 134.
Thielmann, 85 n. 23.
Thomas, 248 n. 16.
Tibiletti, 55 n. 61.
Tigerström, 109 n. 85; 198 n. 23.
Tomulescu, 375 n. 11.
Tondo, 42 n. 32; 45 n. 38; 85 n. 23.
Tozzi, 101 n. 65.
Treggiari, 86 n. 23.
Trifone, 399 n. 2.
Tripiccione, 370 n. 2.
Turano, 92 n. 40.
Turgot, 409 n. 31.

Ubbelohde, 108 n. 84; 179 n. 115.

Vacca, 105 n. 76; 112 n. 95; 113 n. 96; 174 n. 100.
van Gessel-de Roo, 208 n. 53.
van der Wal, 374 n. 9; 388 n. 41; 390 n. 46.
Vaucher, 81 n. 14.
Végh, 86 n. 23.
Venzi, 411 n. 37.
Vera, 336 n. 30.
Vernay, 334 n. 24.
Viarengo, 181 n. 119.
Vincenti, 111 n. 89.
Visky, 122 n. 127.
Voci, 149 n. 45; 202 n. 36; 242 n. 1; 287 n. 70; 306 n. 117; 326 n. 4; 335 n. 27; 338 n. 36; 363 n. 98.
Voigt, 33 n. 12; 81 n. 13.
Volterra, 243 n. 2; 327 n. 7; 334 n. 25; 340 n. 40.
Voss, 111 n. 91.

Wacke, 120 n. 119; 126 n. 141; 135 n. 5; 147 n. 38; 256 n. 1.
Wächter, 204 n. 42.
Wagner, 101 n. 65; 134 n. 4.
Walde, 32 n. 9.
Waldstein, 85 n. 23; 123 n. 130; 131 n. 151.
Watson, 60 n. 70; 85 n. 23; 120 n. 120; 178 n. 112; 197 n. 17; 326 n. 4.
Weber, 54 n. 58.
Wesener, 81 n. 13; 157 n. 62; 232 n. 49.
Weyand, 300 n. 101.
Wieacker, 33 n. 12;85 n. 23; 139 n. 17; 234 n. 50; 367 n. 109; 375 n. 11.
Wiedemann, 275 n. 44.
Wieling, 335 n. 27.
Wilcken, 355 n. 76.
Willvonseder, 120 n. 118.
Wimmer, 175 n. 102.
Windscheid, 12 n. 23; 234 n. 50.
Winkel, 113 n. 96.
Wissowa, 71 n. 103.
Wittmann, 178 n. 112.
Wolf (J.G.), 38 n. 22; 45 n. 38.
Wolff (Chr.), 406 nn. 19-20.
Wolff (H.J.), 139 n. 17.
Wubbe, 307 n. 120.
Wycisk, 165 n. 80.

Zachariae von Lingenthal, 390 n. 46.
Zamorani, 106 n. 80; 112 n. 95.
Zimmermann, 414 n. 44.
Zlinszky, 45 n. 38.
Zocco-Rosa, 59 n. 69.
Zuccotti, 27 n. 85; 68 n. 90.

INDICE DELLE FONTI*

I. TRADIZIONE MANOSCRITTA

1. *FONTI GIURIDICHE*

A. Fonti pregiustiniance

Codex Gregorianus (Haenel)
3, 1: 330 n. 14.

Codex Theodosianus
2, 33: 368; 372.
4, 13, 7: *361-362*; 361 *n. 91*.
4, 18: 326; 368; 372.
4, 18, 1: 44 n. 37; 60-61 n. 72; 326-327; 329; 333; 333 n. 23; 341; 343; 344; 345; *357 ss.*; 358 n. 82; 359; 359 n. 85; 360 n. 89; 368.
4, 18, 2: 327.
4, 19: 368; 372.
4, 19, 1: 61 n. 72; 358 n. 82; *359 ss.*; 359 n. 85; 360 n. 87; 360 n. 89; 366.
10, 8, 1: *335 ss.*; 336 n. 29.
11, 36, 25: 346 n. 61; *347 n. 63*; 348.

Collatio
12, 7, 3: 162 n. 74.

Gai epitome
II, 1, 2: *365 n. 103*.
II, 7, 8: *366-367*.

Gaius
Institutiones
I, 116: 88 n. 30.
I, 119: 88 n. 30.
I, 120: 88 n. 30.
I, 147: 226 n. 32.
II, 14: 63; 80 n. 8; 106 n. 80; *243*; 365 n. 102.
II, 14a: 88 n. 30.
II, 15: 88 n. 30.
II, 16: 88 n. 30.
II, 17: 88 n. 30.
II, 18: 192 n. 1.
II, 26: 238 n. 66.
II, 33: 308 n. 123.
II, 41: 249 n. 20; 386.
II, 43: 112 n. 95.
II, 70: 95.
II, 79: 330; 331.
II, 87: 144 n. 30.
II, 91: 145 n. 31; 146; 148; 248.
II, 92: 145 n. 31.
II, 203: 94.
II, 213: 284 n. 62.
II, 214: 284 n. 62.
II, 215: 284 n. 62.
II, 219: 216.
II, 277: 279; 363.
II, 280: 254; 163 n. 19; 306 n. 117; 352; 366.
III, 90: 42 n. 33.
III, 103: 289 n. 75.
III, 124: 281 n. 58.
III, 164: 145 n. 31.
III, 165: 145 n. 31.
III, 199: 246 n. 14.
III, 215: 106 n. 80.
IV, 3: 78 n. 3; 154 n. 60.

* I numeri in corsivo indicano i luoghi in cui le fonti sono analizzate con maggiore attenzione.

IV, 16: 37 n. 21; 44; 51.
IV, 61: 178 n. 113.
IV, 63: 178 n. 113.
IV, 64: 178 n. 113.
IV, 65: 178 n. 113.
IV, 91: 341.
IV, 94: 37 n. 21; 44; 341.
IV, 166: 44 n. 37.
IV, 167: 44 n. 37; 51.

Interpretatio Visigothica
CTh.9, 45, 4: 336 n. 29.
PS.3, 6, 25 [3, 9 (8), 9 Kaser-Schwarz]: 350 n. 68; *365*; 367.

Lex XII Tabularum
1, 6: 48.
1, 7: 48.
1, 8: 48.
1, 9: 48.
7, 10: 72.
8, 3: 88 n. 28.
8, 7: 30; 76.
8, 8a: 29; 30; 68; 76.
8, 8b: 30; 57.
8, 16: 42 n. 33.
12, 3: 27 n. 85; 29; 30; 33; *40 ss.*; 46 n. 40; 49; 50 n. 55; 51; 58; 60; 69; 75; 76; 342; 393.
12, 4: 342.

Lex Romana Visigothorum
4, 17, 1: 366.
9, 34, 1: 336 n. 29.

Novellae Marciani
1, 1, 7: 327; 372.

Pauli Sententiae
I, 13b, 1: *341*.
I, 13b, 2: *341*.
I, 13b, 8: 44 n. 37; 61 n. 72; *341-342*.
I, 13b, 9: *342 ss*
II, 14: 341; *352-353*; 368; 372.
II, 17, 7: 97; 352.
II, 22, 1: 198 n. 21; *348*.
II, 6, 4: 205 n. 45.
III, 6: 348.
III, 6, 19: 89 n. 31; *348-349*.
III, 6, 20: 89 n. 31; *349*.
III, 6, 22: *349-350*.
III, 6, 24: *350*; 365.
III, 6, 25: 157 n. 63; 350 n. 68.
III, 6, 27b: *351*.
III, 6, 45: *351*.
III, 6, 46: *351*.
III, 6, 78: 68.
III, 8, 4: 306 n. 117; *352*.
V, 9, 1: 44 n. 37; 61 n. 72; *343 ss.*; 344.
V, 9, 2: 44 n. 37; 61 n. 72; *343 ss.*; 345.
V, 36, 1: *345 ss.*; 346; 347; 347 n. 65.
V, 36, 2: *345 ss.*; 346; 347.

Tituli ex corpore Ulpiani
VII, 1: 229 n. 38.
XIX, 1: 88; 88 n. 30.
XIX, 18: 144 n. 30; 145 n. 31.
XIX, 19: 145 n. 31.
XIX, 20: 145 n. 31.
XIX, 21: 145 n. 31.
XXIV, 27: 104 n. 72; 210.

Vaticana Fragmenta
1: 112 n. 95; 140 n. 19.
65: 272; 272 n. 38.
70, 2: 137; 137 n. 15; 140 n. 19; 141 n. 22.
71: 136; *138 ss.*; 140; 140 n. 19; 141; 141 n. 22; 188; 194 n. 11.
71b: 78 n. 1; 140 n. 19; *144 ss.*; 144 n. 30; 145 n. 31; 146; 146 n. 33; 146 n. 37; 147 n. 39; 149 n. 44; 189; *194 ss.*; 247; 248.
72: 194 n. 11; 257 n. 3.
72, 1: 202 n. 34.
72,2: *201 ss.*; 202; 202 n. 34; 202 n. 36; 212.
298: 229 n. 38.
302: 111 n. 90.

B. *Corpus iuris civilis*

Institutiones
2, 1: 381; 386.
2, 1, 19: 99; 129.
2, 1, 25: 385.
2, 1, 34: 387.

2, 1, 35: 108 n. 83; 238 n. 66; 315; 315 n. 143; 317; 318; *380 ss.*; 382; 382 n. 23; 383; 383 n. 25-26; 384; 385; 391.
2, 1, 36: *380 ss.*; 385.
2, 1, 37: 89 n. 31; 249; 250; *380 ss.*; 385; 386; 387.
2, 1, 38: 249; 250; *380 ss.*; 386.
2, 1, 40: 387.
2, 3, 2: 283 n. 61.
2, 4, 2: 104 n. 73.
2, 5, 2: 159 n. 68.
2, 5, 4: 167 n. 83.
2, 9, 4: 143 n. 31.
2, 13, 8: 137.
2, 20, 1: 242 n. 1.
2, 20, 2: 284 n. 62.
2, 20, 21: 210.
2, 22 pr.: 242 n. 1.
2, 23, 7: 326 n. 4.
3, 19, 4: 289 n. 75.
3, 28, 1: 145 n. 31.
3, 28, 2: 145 n. 31.
4, 6, 2: 154 n. 60.

Digesta
Const. 'Deo auctore'
2: 369.

Const. 'Omnem'
2: 378 n. 17.
3: 378 n. 17.
4: 373; 374; 375; 378 n. 17.
5: 378 n. 17.

Const. 'Tanta' (Δέδοκεν)
2: 378 n. 17.
3: 378 n. 17.
4: 378 n. 17.
5: 373; 378 n. 17.
6: 378 n. 17.
7: 378 n. 17.
8: 378 n. 17.

(*Dig.*)
1, 1, 4 pr.: 87.
1, 2, 1: 60 n. 71.
1, 2, 2, 24: 45 n. 38.
1, 2, 2, 38: 39.
1, 2, 2, 43: 130 n. 150.
1, 2, 2, 48: 192 n. 1.
1, 2, 2, 50: 192 n. 1.
1, 3, 32, 1: 226 n. 32.
1, 5, 4 pr.: 193 n. 5.
2, 8, 12: 344.
2, 8, 15, 6: *346 n. 59*.
2, 9, 1, 1: 182 n. 123.
2, 14, 7, 1: 328 n. 8.
2, 15, 8, 25: *319 n. 158*.
3, 2, 25 pr.: 267 n. 26.
3, 5, 3, 6: 320 n. 160.
3, 5, 30, 1: 267 n. 26.
4, 2, 12 pr.: 308; 320 n. 160.
4, 3, 9, 3: 159 n. 69.
4, 4, 27, 1: 254.
5, 3, 2: 302.
5, 3, 9: 302.
5, 3, 11: 302.
5, 3, 11, 1: 168 n. 27.
5, 3, 13 pr.: 302.
5, 3, 13, 1: 110 n. 85; 113 n. 98; 302.
5, 3, 13, 2: 302.
5, 3, 13, 3: 302.
5, 3, 13, 4: 302.
5, 3, 13, 5: 302.
5, 3, 13, 6: 302.
5, 3, 13, 7: 302.
5, 3, 13, 8: 168 n. 27; 302.
5, 3, 13, 9: 302.
5, 3, 13, 10: 302.
5, 3, 13, 11: 302.
5, 3, 13, 12: 168 n. 27; 302.
5, 3, 13,13: 302.
5, 3, 13,14: 302.
5, 3, 13,15: 302.
5, 3, 16: 302.
5, 3, 18 pr.: 260; 302.
5, 3, 18, 1: 302.
5, 3, 18, 2: 302.
5, 3, 19: 170 n. 90.
5, 3, 19, 2: 168 n. 27.
5, 3, 20 pr.: 302.
5, 3, 20, 1: 302.
5, 3, 20, 2: 302.
5, 3, 20, 3: 300; 301 n. 106; 302; 304.

5, 3, 20, 4: 302.
5, 3, 20, 5: 302.
5, 3, 20, 6-6d: 301; 302.
5, 3, 20, 14: 257; 257 n. 6-7.
5, 3, 22: 168 n. 27.
5, 3, 25, 3: 168 n. 27.
5, 3, 25, 4: 303.
5, 3, 25, 5: 168 n. 27.
5, 3, 25, 6: 168 n. 27.
5, 3, 25, 7: 168 n. 27.
5, 3, 25, 9: 341.
5, 3, 25, 15: 303.
5, 3, 25, 17a: 168 n. 27.
5, 3, 25, 20: *300 ss.*; 301 n. 103; 302; 303; 304; *307*.
5, 3, 27: 302; 304; 370.
5, 3, 27 pr.: 85 n. 23; 87; 90 n. 33; *300 ss.*; 301 n. 103; *308 ss.*; 308 n. 123; 309 n. 124; 349.
5, 3, 27, 1: *300 ss.*; 301 n. 103; *310-311*; 354.
5, 3, 28: 168 n. 27.
5, 3, 29: 15; 278; *300 ss.*; 301 n. 103; 302; 304; *310-311*; 311 n. 134; 370; 390.
5, 3, 30: 260.
5, 3, 31: 303.
5, 3, 31 pr.: 168 n. 27.
5, 3, 31, 1: 168 n. 27.
5, 3, 31, 3: 168 n. 27.
5, 3, 36, 5: 180 n. 117; *200 ss.*; 212; 168 n. 27; 312; 312 n. 135.
5, 3, 37: 303.
5, 3, 38: 168 n. 27.
5, 3, 39, 1: 168 n. 27.
5, 3, 40 pr.: 168 n. 27.
5, 3, 40, 1: 168 n. 27; 312 n. 135.
5, 3, 48: 183 n. 123.
5, 3, 52: *353 ss.*; 354.
6, 1, 16 pr.: 312 n. 135.
6, 1, 16, 1: 257 n. 3.
6, 1, 27, 1: 328 n. 9.
6, 1, 31: 312 n. 135.
6, 1, 33: 63; 310 n. 131; 342.
6, 1, 44: 90 n. 33; 265.
6, 1, 49: 151.
6, 1, 62 pr.: 9; 10; 10 n. 15; 12; 20; 102 n. 67; *256 ss.*; 257 n. 7; 258 n. 8; 265; 267; 267 n. 25; 268; 290; 320; 377; 379; 389; 391; 400; 400 n. 3; 401.
6, 1, 62, 1: 259.
6, 1, 78: *174-175 n. 109*; 235 n. 53.
6, 1, 79: *173 ss.*; 188; 247; 312 n. 135.
7, 1, 3, 1: 245 n. 8.
7, 1, 7 pr.: 78 n. 1; *150 ss.*; *194 ss.*.
7, 1, 7, 1: 65; *150 ss.*; 152 n. 53; 153 n. 56; 154 n. 58; 154 n. 60; 161 n. 72; *194 ss.*; 201; 212; 292; 304.
7, 1, 7, 3: 90 n. 33.
7, 1, 7, 4: 90 n. 33.
7, 1, 7,6: 293.
7, 1, 7, 7: 293.
7, 1, 9: 140 n. 19.
7, 1, 9 pr.: 136; 165; *194 ss.*; 203; 293; 293 n. 82; 313.
7, 1, 9, 1: 150.
7, 1, 9, 2: 293; 294; 296.
7, 1, 9, 3: 294; 294 n. 85, n. 87.
7, 1, 9, 4: 93 n. 49; 95 n. 55; *95 n. 57*; 99.
7, 1, 9, 5: *203 ss.*; 204 n. 42; 205 n. 45; 212; 218; 218 n. 7; 349.
7, 1, 9, 7: 137; 137 n. 15; 141; 143 n. 29.
7, 1, 10: 140 n. 19.
7, 1, 11: *119 n. 118*; 140 n. 19.
7, 1, 12: 140 n. 19.
7, 1, 12 pr.: 136; *138 ss.*; 139 n. 17; 140; 140 n. 19; 153 n. 56; 188; 194 n. 11.
7, 1, 12, 1: 140 n. 19; 194 n. 11; 202 n. 36.
7, 1, 12, 2: 294.
7, 1, 12, 4: 168 n. 27.
7, 1, 13, 4: 295.
7, 1, 13, 5: 295; 295 n. 88; 296.
7, 1, 13, 6: 295 n. 88.
7, 1, 13, 7: 154; 154 n. 58; 295 n. 88.
7, 1, 18: 137.
7, 1, 19, 1: 137; 142.
7, 1, 21: 78 n. 1; 140 n. 19; *142 ss.*; 144 n. 30; 145 n. 31; 146; 147 n. 39; 149 n. 44; 189; *194 ss.*; 194 n. 11; 247; 248.
7, 1, 22: 149 n. 45.
7, 1, 23: 140 n. 19; 194 n. 11.
7, 1, 23, 1: 202; 203; 257 n. 3.
7, 1, 31: 147 n. 41; 148.
7, 1, 32: 286 n. 67.
7, 1, 33, 1: 232 n. 49.
7, 1, 42: 157 n. 63.
7, 1, 58 pr.: 265 n. 22; *276 n. 50*; 279.
7, 1, 59 pr.: 137.
7, 1, 59, 1: *311-312 n. 140*; 322; *350*.
7, 1, 62 pr.: 218.
7, 1, 68 pr.: 17; 78 n. 1; 79 n. 7; *84 ss.*; 85 n. 23; 87; 89 n. 31; 94; 95 n. 56; 98 n. 62; 129; *194 ss.*; 194-195 n. 11; 245; 252; 274; 349.
7, 1, 68, 1: 89 n. 31; 89 n. 33; *97 ss.*; 129; *195 ss.*; 194-195 n. 11; 207 n. 52; 249 n. 18.
7, 1, 68, 2: *194 ss.*; 194-195 n. 11; 195 n. 12; 349.
7, 1, 70, 1: 206 n. 49; 349.
7, 1, 70, 2: *206 ss.*; 224 n. 25.
7, 1, 70, 3: 195 n. 12.
7, 2, 1, 3: 232 n. 49.
7, 4, 3: 93.
7, 4, 4: 93.
7, 4, 6: 93.
7, 4, 6, 1: 93 n. 47.
7, 4, 13: 318; 318 n. 153.
7, 4, 30: 207; 224 n. 25; *253 ss.*
7, 5, 1: 102 n. 69; 208 n. 54.
7, 5, 2 pr.: 104 n. 73.
7, 5, 2, 1: 104 n. 73; 254.
7, 5, 3: 102 n. 69; 103; 104; *208 ss.*; 209 n. 59; 210; 211 n. 62; 262; 264 n. 21.
7, 5, 4: 211 n. 62; 264 n. 21.
7, 5, 5,1: 104; 264 n. 21.
7, 6, 1 pr.: 173 n. 99.
7, 6, 5: 78 n. 3.
7, 6, 5 pr.: 154 n. 60.
7, 6, 5, 1: 173 n. 99.
7, 6, 5, 6: 154 n. 60.
7, 7, 3: *247-248*; 248 n. 16.
7, 7, 4: *243 ss.*; 245; 247.
7, 8, 1, 1: 156; 350.
7, 8, 2 pr.: 156; 158; 350.
7, 8, 2, 1: *158 ss.*; 169; 188.
7, 8, 4 pr.: *158 ss.*; 169; 188.
7, 8, 8 pr.: 161 n. 72.
7, 8, 10, 4: 156; 163; 164 n. 78.
7, 8, 12, 1: 104 n. 72; *163 ss.*; 164 n. 78; 165 n. 81; 167 n. 83; 169; 188.
7, 8, 12, 2: *164 ss.*; 167 n. 83; 167 n. 84; 169; 188.
7, 8, 14, 1: 146; 158 n. 63; 350.
7, 8, 14, 2: 157 n. 63.
7, 8, 15 pr.: 328 n. 9.
8, 1, 1: 285 n. 63.
8, 3, 3 pr.: 285 n. 64; 286 n. 65.
8, 3, 3, 3: 284-285 n. 62.
8, 3, 4: *283 ss.*; 284 n. 62; 285 n. 64; 286 n. 67; 286 n. 67; 287 n. 70, 72.
8, 3, 5 pr.: 284 n. 62.
8, 3, 20 pr.: 78 n. 3.
8, 3, 34 pr.: 285 n. 63.
8, 5, 2 pr.: 154 n. 60.
8, 5, 4, 2: 15; 65; *169 ss.*; 171 n. 93; 188; 299; 328 n. 9.
8, 5, 6, 6: 15; 172 n. 98; 173; 299.
8, 5, 9 pr.: 78 n. 3.
8, 5, 18: 170 n. 91.
9, 2, 27, 21: 152 n. 52.
9, 2, 27, 25: 185 n. 131.
9, 2, 27, 26: 185 n. 131.
9, 4, 13: 168 n. 27.
9, 4, 31: 315.
10, 2, 19: 178 n. 11.
10, 2, 51 pr.: *215 ss.*; 239; 328.
10, 3, 4, 3: 179 n. 115; 180 n. 118.
10, 3, 7, 4: 168 n. 27.
10, 4, 9, 6: 61 n. 72.
10, 4, 11, 1: 179 n. 115.
11, 3, 13, 1: 168 n. 27.
11, 7, 14, 3: 179 n. 115.
12, 6, 15 pr.: 312 n. 135.
12, 6, 55: *267 ss.*; 267 n. 25; 268; 290; *354*.
13, 7, 6, 1: 105 n. 79; 258 n. 8.
13, 7, 22, 2: 168 n. 27.
14, 1, 1, 15: 151 n. 50; 292.
14, 3, 19, 3: 260 n. 17.
14, 6, 2: 288.
15, 3, 16: 126 n. 141.
16, 3, 1, 24: 308; 320 n. 160.
16, 3, 24: 103 n. 70; 106 n. 79; 259 n. 10; 261; 266.
17, 1, 8 pr.: 177 n. 110.
17, 1, 8, 1: 177 n. 110.
17, 1, 10, 8: 177 n. 110; 179 n. 115.
17, 1, 10, 9: *177 ss.*; 179 n. 115; 180 n. 118; 189; 199.
17, 1, 10, 10: 177 n. 110.
17, 1, 48: 105 n. 78.
17, 2, 9: 147.
17, 2, 11: 147.
17, 2, 34: 254.

17, 2, 60 pr.: 105 n. 79; 390.
17, 2, 71, 1: 127 n. 143.
17, 2, 84: 183 n. 123.
18, 1, 27: 112 n. 95.
18, 1, 34 pr.: 183 n. 123.
18, 1, 39, 1: 237.
18, 1, 40 pr.: 117 n. 109.
18, 1, 40, 4: *117 ss.*; 119; 130; 137; 298.
18, 1, 80: 72 n. 108.
18, 1, 80 pr.: 183 n. 123; 185.
18, 1, 80, 2: 73.
18, 2, 14, 1: 171 n. 93.
18, 2, 15, 1: 106 n. 79.
18, 4, 2, 17: 160 n. 69.
19, 1, 13,22: 179 n. 115.
19, 1, 21 pr.: 309 n. 125.
19, 1, 36: 315 n. 145.
19, 1, 41: 262 n. 19.
19, 1, 49: 103 n. 70; 106 n. 79.
19, 1, 51: 182 n. 123.
19, 1, 53: 162 n. 74.
19, 2, 8: 178 n. 11.
19, 2, 15, 2: 118.
19, 2, 19: 152 n. 52.
19, 2, 19, 4: 162 n. 74.
19, 2, 28: 162 n. 74.
19, 2, 29: 118 n. 114.
19, 2, 30, 4: 118 n. 114.
19, 2, 54 pr.: 106 n. 79.
19, 2, 58 pr.: 162 n. 74.
19, 2, 59: 182 n. 121; 186 n. 134.
19, 2, 60, 2: 179 n. 115.
19, 5, 19 pr.: 177 n. 110.
20: 373; 373 n. 8; 374; 375.
20,1: 374.
20, 1, 1, 1: 262 n. 19.
20, 1, 1, 3: 260 n. 17.
20, 1, 11, 1: *318 ss.*; 322.
20, 1, 11, 2: 78 n. 3; 135 n. 5.
20, 1, 15 pr.: 97; *242-243 n. 2*; 254.
21: 373; 373 n. 8; 374; 375.
21, 1, 14,3: 309 n. 125.
21, 1, 23, 9: 328 n. 9.
21, 1, 29, 2: 390.
21, 2, 8: 232.
21, 2, 43: 79 n. 4; 79 n. 8; 98; 99; 222 n. 19; *231 ss.*; 239.
21, 2, 62, 2: 78 n. 3.
22: 373; 373 n. 8; 375.
22, 1: 300; 320; 353; 361; 368; 372; 373; 374; 374 n. 10; 375; 377; 380; 386; 391; 398; 379.
22, 1, 1 pr.: 375 n. 13.
22, 1, 1, 1: 375 n. 13.
22, 1, 1, 2: 375 n. 13.
22, 1, 1, 3: 375 n. 13.
22, 1, 2: 267; 267 n. 25; *272 ss.*; 290; 375 n. 13; 377.
22, 1, 3 pr.: 375 n. 13.
22, 1, 3, 1: 375 n. 13.
22, 1, 3, 2: 375 n. 13.
22, 1, 3, 3: 375 n. 13.
22, 1, 3, 4: 375 n. 13.
22, 1, 4 pr.: 375 n. 13.
22, 1, 4, 1: 375 n. 13.
22, 1, 5: 375 n. 13.
22, 1, 6 pr.: 375 n. 13.
22, 1, 6, 1: 376 n. 13.
22, 1, 7: 261; 376 n. 13.
22, 1, 8: 97; *274 n. 38*; 376 n. 13.
22, 1, 9 pr.: 260 n. 17; 376 n. 13.
22, 1, 9, 1: 260 n. 17; 376 n. 13.
22, 1, 10: 376 n. 13.
22, 1, 11 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 11, 1: 376 n. 13.
22, 1, 12: 376 n. 13.
22, 1, 13 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 13, 1: 376 n. 13.
22, 1, 14 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 14, 1: 280 n. 54; 281 n. 56; 376 n. 13.
22, 1, 15: 376 n. 13.
22, 1, 16 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 16, 1: 376 n. 13.
22, 1, 17: 352; 374; 374 n. 10.
22, 1, 17 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 17, 1: 376 n. 13.
22, 1, 17, 2: 376 n. 13.
22, 1, 17, 2: 376 n. 13.
22, 1, 17, 3: 376 n. 13.
22, 1, 17, 4: 376 n. 13.
22, 1, 17, 5: 376 n. 13.
22, 1, 17, 6: 376 n. 13.
22, 1, 17, 7: 376 n. 13.
22, 1, 17, 8: 376 n. 13.
22, 1, 18: 374 n. 10; 375 n. 13; 376 n. 13.

22, 1, 19 pr.: 58; *59 ss.*; 59 n. 69; 60-61 n. 72; 62 n. 75; 66 n. 83; 76; 80 n. 8; 107; 170; 225 n. 18; 241; 254; 272; 359 n. 84; 376 n. 13.
22, 1, 19, 1: 15; 58; *59 ss.*; 59 n. 69; 62 n. 75; 130; 170; 170 n. 92; 173; 299; 376 n. 13.
22, 1, 20: 376 n. 13.
22, 1, 21: 376 n. 13.
22, 1, 22: 376 n. 13.
22, 1, 23: 376 n. 13.
22, 1, 24: 376 n. 13.
22, 1, 25 pr.: *233 ss.*; 315; 376 n. 13.
22, 1, 25, 1: 110 n. 88; *233 ss.*; 247; 315; 317; 318; 321; 376 n. 13; 382; 383; 384; 387; 391 n. 47.
22, 1, 25, 2: 234 n. 51; 235 n. 55; 376 n. 13.
22, 1, 26: 204; *217 ss.*; 239; 349; 376 n. 13.
22, 1, 27: 376 n. 13.
22, 1, 28 pr.: 89 n. 31; *97 ss.*; 98; 129; *249 ss.*; 254; 316; 316 n. 149; 376 n. 13; 382; 385; 386; 387; 387 n. 40.
22, 1, 28, 1: 79 n. 7; 85 n. 23; 89 n. 31; 89 n. 33; 91 n. 34; 250; *251 ss.*; 251 n. 26; 252 n. 31-32; 253 n. 33-34; 349; 376 n. 13; 386; 387; 391.
22, 1, 29: 376 n. 13.
22, 1, 30: 376 n. 13.
22, 1, 31: 376 n. 13.
22, 1, 32 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 32, 1: 376 n. 13.
22, 1, 32, 2: 376 n. 13.
22, 1, 32, 3: 376 n. 13.
22, 1, 32, 4: 376 n. 13.
22, 1, 32, 5: 376 n. 13.
22, 1, 33 pr.: *307 n. 120*; 376 n. 13.
22, 1, 33, 1: 307 n. 120; 376 n. 13.
22, 1, 34: 9; 10; 10 n. 14-15; 12; 19; 102 n. 67; 151 n. 50; 292; *300 ss.*; 301 n. 103; 302; 303; 304; 305; 305 n. 114; 306; 310; 321; 352; 376 n. 13; *377*; 389; 390; 391; 398; 400; 404.
22, 1, 35: *310 n. 136*; 376 n. 13; *377*.
22, 1, 36: 9; 10 n. 14; 22; *311-312*; 376 n. 13; *377*; 391.
22, 1, 37: 374 n. 10; 376 n. 13.
22, 1, 38 pr.: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 1: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 2: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 3: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 4: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 5: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 6: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 7: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 8: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 9: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 10: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 11: 313; 376 n. 13.
22, 1, 38, 12: 313; 313 n. 139; 376 n. 13.
22, 1, 38, 13: 15; *313 ss.*; 322; 376 n. 13; 377.
22, 1, 38, 14: 376 n. 13.
22, 1, 38, 15: 376 n. 13.
22, 1, 38, 16: 376 n. 13.
22, 1, 39: 274 n. 38; 376 n. 13.
22, 1, 40: 178 n. 11; 376 n. 13.
22, 1, 41 pr.: 376 n. 13.
22, 1, 41, 1: 376 n. 13.
22, 1, 41, 2: 376 n. 13.
22, 1, 42: 376 n. 13.
22, 1, 43: 376 n. 13.
22, 1, 44: 376 n. 13.
22, 1, 45: 74; *108 ss.*; 110; 114; 130; 230; 230 n. 43; 235 n. 53; 237; 238 n. 66; 246; 315; 317; 332 n. 20; 333; 376 n. 13; 382; 383 n. 25; 387; 391; 391 n. 47.
22, 1, 46: 374 n. 10; 376 n. 13; 384.
22, 1, 47: 376 n. 13.
22, 1, 48: 376 n. 13.
22, 1, 49: *133 ss.*; 188; 374 n. 10; 376 n. 13; 379; 403.
22, 2, 4, 1: 260 n. 17.
22, 3, 26: 262 n. 19.
23, 3, 7 pr.: 198 n. 21; 198 n. 23; 199; 276.
23, 3, 7, 1: 198 n. 21; 275; 276.
23, 3, 7, 2: 80 n. 8.
23, 3, 80: 186 n. 134.
23, 3, 83: 186 n. 134.
23, 4, 32, 1: 182 n. 121.
23, 5, 18 pr.: 298.
24, 1, 1: 110 n. 89.
24, 1, 3, 10: 111 n. 92.
24, 1, 3, 11: 111 n. 92.
24, 1, 5, 17: 228.
24, 1, 9, 1: 229.
24, 1, 9, 2: 229 n. 38.
24, 1, 11, 1: 229 n. 38.
24, 1, 15, 1: 227 n. 34; 228.

24, 1, 17 pr.: 111; *225 ss.*; 229; 230; 242 n. 1.
24, 1, 19 pr.: 111.
24, 1, 44: 109 n. 85; 113 n. 98.
24, 3, 5: 276 n. 46.
24, 3, 6: 276 n. 46.
24, 3, 7: 296.
24, 3, 7 pr.: 180 n. 117; *198 ss.*; 198 n. 21; 200 n. 30; 201; 212; 296; 296; 327.
24, 3, 7, 1: *275 ss.*; 282; 290; 296; 296 n. 92.
24, 3, 7, 2: 296; 296 n. 92.
24, 3, 7, 3: 296.
24, 3, 7, 8: 296; 296 n. 92.
24, 3, 7, 9: 296.
24, 3, 7, 10: 297.
24, 3, 7, 11: 297.
24, 3, 7, 12: 143; 297; 298.
24, 3, 7, 13: *297 n.* 97.
24, 3, 7, 14: 297; *298*.
24, 3, 7, 16: 198 n. 22.
24, 3, 8, 1: 198 n. 22.
24, 3, 42, 2: 260 n. 17.
24, 3, 63: 229 n. 38.
25, 1, 1, 2: 178 n. 11.
25, 4, 1, 1: 90 n. 33.
25, 5, 1, 3: 168 n. 27.
26, 2, 17, 1: 308 n. 123.
26, 7, 16: 260 n. 15.
27, 2, 2 pr.: 178 n. 11.
27, 2, 3,4: 308 n. 123.
27, 4, 1, 4: 178 n. 11.
27, 9, 5, 9: 151 n. 50; 292; 306 n. 119.
28, 5, 13, 5: 160 n. 69.
28, 5, 13, 6: 160 n. 69.
28, 5, 13, 7: 160 n. 69.
28, 5, 17 pr.: 160 n. 69.
28, 5, 17, 1: 160 n. 69.
28, 5, 17, 4: 160 n. 69.
28, 5, 17, 5: 160 n. 69.
28, 5, 60 pr.: 147; 147 n. 39; 149 n. 44.
28, 6, 39, 1: 182 n. 121.
29, 1, 36, 4: 262 n. 19.
29, 1, 60: 183 n. 123.
29, 2, 4: 147 n. 39.
29, 2, 5 pr.: 147 n. 39.
29, 2, 5, 1: 147 n. 39.
29, 2, 5, 2: 147 n. 39.
29, 2, 5, 3: 147 n. 39.
29, 2, 45, 4: 147 n. 39; 148.
29, 2, 62 pr.: 182 n. 123.
29, 2, 62, 1: 182 n. 121.
29, 4, 27 pr.: 267 n. 26.
29, 7, 8 pr.: 325 n. 3.
29, 7, 3 pr.: 325 n. 3.
30, 63: 93 n. 49; *94 n. 51*; 99.
30, 71, 5: 236 n. 59; 237 n. 64.
30, 71, 6: 236 n. 59; 237 n. 64.
31, 36: 242 n. 1.
31, 66, 6: 289.
31, 76, 2: 289.
32, 29, 2: 182-183 n. 123.
32, 29, 3: 182 n. 123.
32, 41, 6: 336 n. 29.
32, 55 pr.: 141 n. 23.
32, 55, 5: 137 n. 12.
32, 83 pr.: *321 n. 162*.
32, 100, 1: 183 n. 123.
33, 1, 8: 249 n. 21.
33, 2, 1: 102 n. 69; 170 n. 92; 299.
33, 2, 24 pr.: 103; 208 n. 55; *262 ss.*; 263 n. 19; 265; 278; 282; 290.
33, 2, 30, 1: 182 n. 121.
33, 2, 38: 187 n. 134.
33, 2, 41: 183; 187 n. 134.
33, 2, 42: *179 ss.*; 182 n. 121; 183; 184 n. 129; 185 n. 130; 185 n. 131; 186-187 n. 134; 189; 213; 252; 403; 415.
33, 2, 43: 68 n. 89.
33, 3, 6: 285 n. 63; 287 n. 70-71.
33, 7, 3, 1: 267 n. 26.
33, 7, 8 pr.: 168; 200; 351.
33, 7, 12, 12: 351.
33, 7, 12, 13: 351.
33, 7, 22: 205.
33, 8, 2: 95 n. 56.
33, 8, 3: 95 n. 56.
33, 8, 8, 3: 152 n. 52.
33, 9, 3, 2: 160 n. 69.
33, 10, 7, 2: 118 n. 114.
34, 1, 14, 3: 285 n. 63.
34, 3, 8, 3: 285 n. 63.
34, 9, 18 pr.: 341.
35, 1, 39 pr.: 182 n. 121.
35, 1, 40 pr.: 182 n. 121.
35, 1, 40, 1: 180 n. 118.

35, 1, 40, 3: 183 n. 123.
35, 1, 75: 281 n. 57.
35, 1, 79, 1: 281 n. 57.
35, 2, 1, 9: 232 n. 49.
35, 2, 9 pr.: 265.
35, 2, 9, 1: 273; 274.
35, 2, 18 pr.: 288.
35, 2, 69: 102 n. 69; 103.
35, 2, 73 pr.: 242 n. 1.
35, 2, 73, 4: 254.
35, 2, 88, 3: 13; 15; 228; 356.
36, 1, 27, 16: 230; 356.
36, 1, 46 [44], 1: 260; 306 n. 117; 352.
36, 1, 60 [58], 2: 283 n. 59.
36, 1, 60 [58], 4: *279 ss.*; 290; 364.
36, 1, 60 [58], 5: *279 ss.*; 282; 290; 326; 363; 364.
36, 2, 30: 182 n. 123.
36, 3, 4: 302.
38, 1, 25 pr.: 125 n. 137.
38, 1, 25, 1: 125 n. 137.
38, 1, 25, 2: 125 n. 137.
38, 1, 26 pr.: *119 ss.*.
38, 1, 26, 1: *119 ss.*; 121 n. 123; 121 n. 124; 131; 246.
38, 2, 1 pr.: 121.
39, 3, 1, 3: 116; 222.
39, 3, 1, 7: 68 n. 92; 69; 222.
39, 3, 1, 8: 116; 222.
39, 3, 4, 1: 222 n. 19.
39, 3, 4, 2: 222 n. 19.
39, 3, 11, 3: 222 n. 19.
39, 3, 11, 4: 222 n. 19.
39, 3, 22 pr.: 78 n. 3.
39, 5, 9, 1: 111.
39, 5, 11: *240 n. 1*.
39, 6, 3: 229 n. 38.
39, 6, 27: 229 n. 38.
39, 6, 40: 229 n. 38.
40, 1, 6: 127 n. 143.
40, 1, 20, 1: 267 n. 26.
40, 7, 3, 8: 126 n. 139; 127 n. 143; 127 n. 145.
40, 7, 4, 8: 245 n. 7.
40, 7, 14 pr.: *123 ss.*; 126; 246; 270.
40, 7, 39 pr.: 183 n. 123.
40, 7, 39, 5: 182 n. 121.
40, 7, 41: 176 n. 108.
40, 7, 90, 1: 182 n. 121.
40, 12, 23 pr.: 79 n. 4.
40, 12, 25, 2: 245 n. 7.
41, 1: 383; 390.
41, 1, 1: 386.
41, 1, 3: 386.
41, 1, 5: 386.
41, 1, 6: 99.
41, 1, 7: 386.
41, 1, 9: 386.
41, 1, 9, 2: 387.
41, 1, 9, 3: 387.
41, 1, 19: 147; 147 n. 39; 149 n. 44.
41, 1, 48 pr.: 114 n. 100; 238 n. 66; *314 ss.*; 315; 315 n. 145; 316; 317; 317 n. 150; 321; 332 n. 20; 333; 382; 383; 384; 387; 391; 391 n. 47.
41, 1, 48, 1: 315; 315 n. 145; 318; 387.
41, 1, 48, 2: 315; 315 n. 145; 318; 387.
41, 1, 54, 1: 126 n. 141.
41, 1, 63,3: 147 n. 39.
41, 2, 1, 4: 113 n. 98.
41, 2, 3, 3: 112 n. 95.
41, 2, 3, 21: *112-113 n.* 96.
41, 2, 3, 22: 109 n. 85; *113 n.* 96.
41, 2, 3, 23: *113 n.* 96.
41, 2, 5: 168 n. 27.
41, 2, 49 pr.: 144 n. 30; 145 n. 31.
41, 2, 51: 183 n. 123.
41, 3, 4, 19: 316; 316 n. 149; 318 n. 155.
41, 3, 10, 2: 90 n. 33.
41, 3, 23 pr.: 151.
41, 3, 24 pr.: 112 n. 95.
41, 3, 30 pr.: 195 n. 11.
41, 3, 36, 1: 89 n. 31.
41, 3, 42: 267 n. 26.
41, 5, 3: 112 n. 95.
41, 6, 1, 2: 109 n. 85; 113 n. 98.
41, 6, 3: 109 n. 85; 111 n. 91; 113 n. 98.
41, 10, 1: 302.
41, 10, 3: 145 n. 31.
41, 10, 4: 145 n. 31.
42, 8, 25, 4: 185 n. 130.
42, 8, 25, 6: 185 n. 130.
43, 16, 1, 10: 115.
43, 16, 20: 162 n. 74; 176 n. 108.
43, 21, 2: 65; 170; 173; 299.

43, 25, 1, 4: 173 n. 99.
43, 28, 1 pr.: 73; 74.
43, 28, 2, 1: 73; 74.
44, 2, 7, 3: 320 n. 160.
44, 2, 48, 5: 195 n. 11.
44, 2, 48, 6: 195 n. 11.
44, 3, 11: 267 n. 26.
44, 6, 3: 44.
45, 3, 36: 184.
46, 1, 70, 2: 243 n. 3.
46, 2, 18: *312 n. 136.*
46, 3, 48: 178 n. 11.
46, 3, 63: 147 n. 41.
46, 4, 11 pr.: 147 n. 41.
46, 5, 8 pr.: 344.
47, 2, 48, 5: 89 n. 31; 250.
47, 2, 48, 6: 89 n. 31; 250.
47, 2, 67: 315 n. 145.
47, 6, 6 pr.: 183 n. 123.
47, 9, 1, 2: 336 n. 29.
47, 9, 1, 3: 336 n. 29.
47, 10, 7, 4: 308 n. 123.
49, 17, 15, 3: *288 ss.*
49, 1, 21, 3: *347.*
50, 16: 320; 374 n. 10; 377; 378; 378 n. 14-15; 379; 380; 380 n. 20.
50, 16, 2: 221 n. 14.
50, 16, 4: 221 n. 14.
50, 16, 5: 221 n. 14.
50, 16, 7: 221 n. 14.
50, 16, 8: 221 n. 14.
50, 16, 14: 221 n. 14.
50, 16, 18: 221 n. 14.
50, 16, 21: 221 n. 14.
50, 16, 22: 61.
50, 16, 25: 221 n. 14; 232 n. 49.
50, 16, 28: 221 n. 14.
50, 16, 29: 221 n. 14.
50, 16, 30 pr.: 118; 119; 137; 298.
50, 16, 32: 221 n. 14.
50, 16, 34: 221 n. 14.
50, 16, 35: 221 n. 14.
50, 16, 37: 221 n. 14.
50, 16, 39: 221 n. 14.
50, 16, 43: 165 n. 80.
50, 16, 47: 221 n. 14.
50, 16, 53: 221 n. 14.
50, 16, 57: 221 n. 14.
50, 16, 61: 221 n. 14.
50, 16, 64: 221 n. 14.
50, 16, 70: 221 n. 14.
50, 16, 72: 221 n. 14; 221 n. 14.
50, 16, 75: 221; 221 n. 14.
50, 16, 76: 220; 221; 221 n. 14.
50, 16, 77: 11; 12; 18; 19; 24; 67; 68 n. 89; 68 n. 90; 69 n. 94; 90 n. 33; 116; 134 n. 1; 186-187 n. 134; *219 ss.*; 220; 221; 221 n. 14; 239; 243; 312; 320; 372 n. 7; 380; 389; 391; 398; 379.
50, 16, 83: 183 n. 123.
50, 16, 115: 184.
50, 16, 119: 328 n. 8.
50, 16, 121: 9; 10; 10 n15; 12; 15; 17 n. 48; 18; 19; 26; 27 n. 85; 78 n. 1; 79 n. 4; 92; 99; *100 ss.*; 100 n. 65; 101 n. 67; 102 n. 68; 102 n. 69; 103; 103 n. 70; 104; 130; 208; 265; 320; 377; 380; 389; 390; 391; 398; 401; 402; 404; 411 n. 38; 379.
50, 16, 122: 118 n. 114; 162 n. 74.
50, 16, 131: 226 n. 32.
50, 16, 135: 90 n. 33.
50, 16, 178, 1: 328 n. 8.
50, 16, 205: *116 n. 107.*
50, 16, 213: 281 n. 58.
50, 16, 236, 1: *72 ss.*; 72 n. 106.
50, 16, 242: 183 n. 123.
50, 16, 246: 61 n. 74.
50, 16, 205: 74; 74 n. 116.
50, 17: 374 n. 10; 377; 378; 378 n. 14-15; 379; 380; 380 n. 20.
50, 17, 12: 167 n. 84.
50, 17, 32: 87.
50, 17, 72: *133 ss.*; 188; 379; 403.
50, 17, 85: 186 n. 134.
50,17,164: 221 n. 14.
50,17,167 pr.: 221 n. 14.
50,17,167, 1: 221 n. 14.
50, 17, 173: 312 n. 135.

Codex Iustinianus
Const. *Cordi* 3: 138; 139 n. 17.
1, 2, 14, 4: *362.*
2, 57, 85: 359 n. 85.

3, 12, 3 (4): *337 ss.*
3, 31, 2, 1: 324 n. 2.
3, 32, 1: 337 n. 33.
3, 32, 1, 1: 324 n. 2.
3, 32, 5 pr.: 324 n. 2.
3, 32, 17: *329 n. 12*; 332; 332 n. 19.
3, 32, 22: 317; *329 ss.*; 329 n. 11; 330; 331; 332; 333; 333 n. 23; 357; 368; 384.
3, 33, 1: 324 n. 2.
3, 33, 13: 159 n. 65; 161 n. 73.
4, 9, 3: 329 n. 11; *329-330 n. 13*; 331; 332; 333 n. 23.
4, 26, 6: 319.
4, 32: 372.
4, 32, 14: 319.
5, 13: 370.
5, 13, 1: 369.
5, 13, 1 pr.: 370.
5, 13, 1, 7b: *370 n. 3*; *371*; 391.
5, 13, 1, 9a: *371*; 391.
5, 13, 1, 9b: 328; *371*; 391.
5, 13, 1, 9c: 371 n. 6; 391.
5, 56: 373.
6, 43, 1: 284 n. 62.
6, 47: 373.
6, 47, 4: *325*; 356.
6, 49: *325-326 n. 4.*
6, 49, 3: *325-326*; 356.
6, 49, 6 pr.: *363-364.*
6, 49, 6, 3: *363-364.*
7, 51: 326; 327 n. 6; 372.
7, 51, 1: *326 ss.*; 328; 356; 367; 371; 372; 391.
7, 51, 2: 60-61 n. 72; 327; *357 n. 77*; 358.
7, 51, 3: 327.
7, 51, 4: 327; 372.
7, 51, 5: 327.
7, 51, 6: 327.
7, 54: 373.
7, 54, 1: 360 n. 87.
7, 65, 5: 346 n. 61; *347 n. 63.*
10, 10, 2: *335 ss.*; 348.
11, 63, 1: *338 ss.*; 338 n. 37.

Novellae
7 *praef.* [49, 37]: *388 n. 42.*
106: 388.
106 *praef.* [508,18-19]: *388.*
106 *praef.* [508, 25 ss.]: *388.*
131: 388.
131,11, 3: *388.*
131, 12, 1: *388*; 391.

C. Fonti bizantine

Basilica (Scheltema)
2, 2: 379; 389.
2, 2, 74 [BT. 30, 30]: 219 n. 10.
2, 3: 389.
15, 1, 62 [BT. 776, 22]: *389 n. 44.*
23, 3, 34 [BT. 1126, 17]: 389.
23, 3, 45 [BT.1128, 21]: 108 n. 83; 115 n. 101.
42, 1, 27 [BT. 1903, 1]: 308 n. 123.

Scholia ad Basilica (Scheltema)
Ἀνάγνωθι *ad* B.15, 1, 62 [BS.874, 22]: 389 n. 45.
Εἰκότως *ad* B.15, 1, 62 [BS.874, 25]: 389 n. 45.
Στεφάνου *ad* B.15, 1, 62 [BS. 874, 29]: 389 n. 45.
Ὁ ἔχων *ad* B. 16, 8, 12 [BS.1002, 34]: 165 n. 81.
Τὸν ἀγρὸν *ad* 23, 3, 25 [BS. 1669, 19]: 391 n. 47.
Κυρίλλου *ad* B.23, 3, 34 [BS.1679, 30]: 390.
Ἐναντιοφανες *ad* B.23, 3, 34 [BS.1680, 1]: 390.
Στεφάνου *ad* B. 23, 3, 34 [BS.1679, 23]: *389*; 391.
Τάξιν *ad* B. 23, 3, 34 [BS.1680, 6]: *390*; 391.
Ἀνωνύμου *ad* B.23, 3, 34 [BS.1680, 9]: *390*; 391.
Στεφάνου *ad* B.23,3,45 [BS. 1688,4]: 109 n. 84; 391 n. 47.
Ἠρωτήθη *ad* B.23,3,45 [BS.1688,16]: 108 n. 83; 391 n. 47.
Ἀνάγνωθι *ad* B.23, 3, 45 [1688, 23]: 391 n. 47.
Τά δὲ ἐνοίκια *ad* B.42, 1, 29 [BS. 2549, 26]: *390.*
Δοῦλος *ad* B.48, 5, 15 [BS. 2901, 14]: 126 n. 140.

Epitome Iuliani
119: 388.
119, 15: *388.*

Theophilus
Paraphrasis institutionum
2, 1, 35: 382; 382 n. 23; *383-384*; 391.
2, 1, 36: 382 n. 24.

D. Altre fonti

Glossa ordinaria
Gl. *Non habendam* a D.6, 1, 35 pr.: 398-399.
Gl. *Fructus* a D.24, 3, 7, 1: 399.
Gl. *Frugem* a D.50, 16, 77: 398.
Gl. *Usura. non est* a D.50,16,121: 398; 398 n. 1.
Gl. *Alia causa* a D.50, 16, 121: 398; 398 n. 1.

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (1756)
II, 3, 20: 407.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1794)
I, 9, 220: 408.
I, 11, 803: 408.

Code Napoléon (1804)
582: 408-409.
584: 409.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande (1811)
405: 408.
511: 408.

Codice civile italiano (1865)
444: 411.

Bürgerliches Gesetzbuch (1896)
99: 412.
100: 412.

Codice civile italiano (1942)
820: 413.
983: 92 n. 45.

2. *Fonti letterarie*

[Agennius Urbicus]
Commentum de agrorum qualitate (Thulin)
53, 3-8: 55 n. 61.

Ammianus Marcellinus
Res gestae
24, 10, 8: 334 n. 24.

Athenaeus
Deipnosophistae (Kaibel)
XIV, 623 e: 193 n. 4.

Aristoteles
Physica (Ross)
II, 3 (184b 16): 105 n. 76.

Politica (Aubonnet)
I, 3, 4 [1253b20]: 89 n. 32.
I, 4, 2 [1253b29]: 91 n. 36.
I, 8, 11 [1256b]: 132 n. 152; 250 n. 30.
I, 8, 12 [1256b]: 132 n. 152; 250 n. 30.

[Asconius]
in Verrem
2, 114: 37 n. 21

Cato
De agri cultura
22, 3: 246 n. 13.
141: 30 n. 5.
149: 78 n. 1; 286 n. 65.
150: 28 n. 85; 32; 50; 50 n. 54; 78 n. 1; 97; 100; 168 n. 89; 198 n. 20; 249.

Cicero
Ad familiares
4, 21: 79 n. 4.
7, 22: 84.
7, 29, 1: 78 n. 1.
7, 30, 2: 78 n. 1.

De finibus bonorum et malorum
I, 4, 12: 27 n. 85; 78 n. 1; 79 n. 7; *82*; *82 n. 16*; *84 ss.*

De legibus
I, 7, 22: 184.
I, 8, 25: 132 n. 152; 184; 252 n. 29.
II, 8, 19: 30.
II, 23, 59: 39.

De natura deorum
II, 14, 37: 69; 132 n. 152; 252 n. 29.
III, 36, 86: 69.

De officiis
I, 7, 22: 68 n. 89; 132 n. 152; 252 n. 29.
II, 3, 12: 68; 108.
III, 23, 89: 89 n. 32.

De oratore
IX, 31: 71 n. 102.

De republica
III, 32, 44: 45 n. 38.

Pro Caecina
19, 54: 49.
4, 11: 79 n. 4; 102 n. 69.

Pro Murena
12, 26: 49.

Topica
3, 15: 79 n. 4.
3, 17: 79 n. 4; 102 n. 69; *103 n. 72*; 104 n. 72; 164 n. 78.
5, 25: 200 n. 30.
5, 26: 185; 187; 200 n. 30.
5, 27: 185; 187.

Columella
De re rustica
I, 8, 18: 309 n. 124.
I, 8, 19: 309 n. 124.
VIII, 9, 1-5: 309 n. 124.

Cornelius Nepos
Atticus
XIII, 3: 309 n. 124.
XIII, 4: 309 n. 124.

Cassius Dio
58, 21, 4: 209 n. 59.

Dionysius Halicarnaseus
Antiquitates Romanae
5, 25, 2: 56 n. 61.
11, 30: 45 n. 38.

Donatus
Ad Terentii Eunuchum
V, 7, 46: 67; 223 n. 23.

Epictetus
Diatribai [ab Arriano digestae]
IV, 3: 193 n. 5.

Festus
De verborum significatu cum Pauli epitome (Lindsay)
frux 81 (Paul.): 67; 67 n. 85; 68n. 91.
nec 158: 42 n. 33.
occupaticius 193 (Paul.): 55 n. 61.
pecunia sacrificium 287 (Paul.): 289 n. 67.
vindiciae 516: *34 ss.*; 59 n. 69; 69.

Gellius
Noctes Atticae
IV, 2, 9: 309 n. 125.
IV, 2, 10: 309 n. 125.
XI, 18, 15: 42 n. 33.
XIII, 10, 2: 182.
XX, 10, 1 ss.: 35 n. 16.
XX, 10, 7: 37; 39 n. 28.
XX, 10, 8: 36; 38.
XVII, 21, 27: 52 n. 58.

Hyginus
De condicione agrorum (Lachmann)
p.115, 4-8: 55 n. 60.

Horatius
Saturae
1, 3, 100: 71 n. 102.

Isidorus Hispaliensis
Origines
17, 6: 32; 50; 67.
17, 6, 23: 67; 222 n. 19.
18,3,2: 67; 222 n. 19.

Livius
Ab urbe condita
2, 10, 12: 56 n. 61.
2, 13, 5: 56 n. 61.
3, 44, 11: 45 n. 38.
3, 44, 12: 45 n. 38.
10, 8, 9: 52 n. 58.

Lucretius
De rerum natura
V, 1416: 71 n. 102.

Ovidius
Fasti
1.402: 71 n. 103.

Persius
Saturae
V,84: 193 n. 5.
V, 88: 193 n. 5.
V, 89: 193 n. 5.
V, 90: 193 n. 5.

Plautus
Casina
837-839: 78 n. 1.

Plinius maior
Naturalis historia
7, 191: 71 n. 103.
15, 24, 26: 71 n. 100; 72.
16, 1, 1: 71 n. 100; 71 n. 102.
16, 5, 15: 70; 73.
16, 8, 19: 71 n. 100.
28, 2, 10 : 68 n. 90.
36, 15: 298 n. 99.

Plutarchus
Vitae parallelae
Crassus
II, 7: 309 n. 124.

Priscianus
Institutiones grammaticae
III, 145, 10: 67.

Seneca philosophus
Ad Lucilium
VII, 65, 4: 105 n. 76.
VII, 65, 8: 105 n. 76.

Naturales quaestiones
4, 7, 2: 68 n. 90.

Servius grammaticus
In Vergilii Aeneida
I, 178: 222 n. 19.

In Vergilii bucolica
8, 99: 30 n. 3.

Sextus Empiricus
Adversus mathematicos
10, 7: 105 n. 76.

Siculus Flaccus
De condicionibus agrorum (Thulin)
p.100, 3-6: 55 n. 61.
p.100, 11-13: 55 n. 61.
p.102, 9-13: 55 n. 61.

Stoicorum veterum fragmenta (von Arnim)
II, 162, 1, 19 ss.: 105 n. 76.

Symmachus
Relationes
33, 4: 346 n. 61; *347*; 348.

Tacitus
Annales
3, 75, 1: 192 n. 1.
6, 26, 1: 209 n. 59.

Tibullus
II, 1, 1: 30 n. 5.

Valerius Probus
[*De notis iuris fragmenta*] (FIRA II²)
4, 1: 34 n. 14.
4, 2: 34 n. 14.
4, 3: 34 n. 14.
4, 4: 34 n. 14.
4, 5: 34 n. 14.
4, 6: 34 n. 14.
4, 7: 34 n. 14; 49.
4, 8: 34 n. 14.
4, 9: 34 n. 14.
4, 10: 34 n. 14.
52: 345.

Varro
De lingua Latina
V, 37: *32*; 67.
V, 104: *32*.
VII, 105: 246 n. 14.
IX, 76: 67.

De re rustica
I, 17, 1: 91 n. 36.
I, 17, 5: 309 n. 124.
I, 18, 2: 246 n. 13.
II, 2, 13: 309 n. 124.
II, 2, 14: 309 n. 124.
II, 7, 7: 309 n. 124.
II, 7, 8: 309 n. 124.

Vergilius
Georgica
1, 8: 71 n. 103.
2, 67: 71 n. 103.

FIRA I²
100: 338 n. 37.
102: 338 n. 37.
108: *361-362*; 361 *n. 90*.

FIRA III²
157: 231 n. 45; *355*.

P.Lips.
10: *355*.

INDICE

INTRODUZIONE

LA NOZIONE DI FRUTTO
NELLA MODERNA SCIENZA ROMANISTICA

1. La critica di G.E.Heimbach alla nozione tripartita di frutto che la tradizione del *ius commune* aveva costruito sulle fonti romane p. 7
2. Il tentativo del Savigny di costruire una nozione unitaria di frutto » 9
3. La critica alla costruzione del Savigny e la nozione rigorosa di frutto come prodotto naturale della cosa del Göppert » 10
4. Sintesi del Windscheid, che ripropone una nozione non unitaria » 11
5. La nozione unitaria di frutto come reddito del capitale: l'intuizione del Dernburg e l'elaborazione del Petražycki » 12
6. La ricchezza di prospettive concettuali presenti nelle fonti romane come il risultato di stratificazioni storiche: il contributo di Reichel » 14
7. La critica alla costruzione del frutto come reddito del capitale del Petražycki da parte di Sokolowski » 17
8. Il contributo della romanistica italiana della prima metà del secolo: Perozzi, Segrè e Bonfante » 19
9. L'approfondimento della relatività del concetto in relazione agli usi socio-economici: Biondi, Grosso e Pugliese » 21
10. Le sintesi del Bretone, dello Scarlata Fazio e del Kaser » 24
11. L'opportunità di un riesame delle fonti teso a valorizzare le costruzioni dogmatiche della *iurisprudentia* romana » 26

Capitolo I

LEGGE DELLE XII TAVOLE E *INTERPRETATIO* PONTIFICALE: L'ORIGINARIA CONCEZIONE «NATURALISTICA» DI FRUTTO COME COSA NUOVA CHE NASCE DALLA COSA-MADRE

1. I segni e i limiti del campo semantico relativo al prodotto naturale in età decemvirale » 29
2. Derivazione di *fructus* da *frui* » 32
3. Nozione di *fructus* nella *lex XII tabularum* nel senso di ogni prodotto naturale della terra e del bestiame. Fissazione del *frui* nel contenuto del *meum esse* » 34
4. *Fructus* nella *interpretatio* pontificale alle XII Tavole » 59
5. Conclusioni » 75

Capitolo II

ADEGUAMENTO DELLA CONCEZIONE PIÙ ANTICA DI *FRUCTUS* A NUOVE FORME DI REDDITO (*USURAE*, *MERCEDES*, *OPERAE*) NELLA GIURISPRUDENZA TARDOREPUBBLICANA

1. L'iniziale contrappunto tra delimitazione del contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto della cosa, e suo successivo superamento » 77
2. La *vetus quaestio* sul *partus ancillae* nella *iurisprudentia* del II sec. a.C. rappresenta un momento di verifica della nozione naturalistica di frutto » 82
3. Il *ius controversum* tardorepubblicano e di inizio principato in materia di *fetus pecudum* riflette due regole relative al modo d'acquisto dei nati dagli animali » 95
4. La nozione di *fructus* nei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola *pontifex* come bene nuovo nato *ex ipso corpore* della cosa madre » 100
5. La nozione di frutto nei *responsa* di Servio conferma un adeguamento della nozione naturalistica a prodotti separabili dalla cosa-madre senza intaccarne la capacità produttiva e a nuove forme di reddito che la cosa dà attraverso negozi giuridici che la coinvolgono » 116
6. Conclusioni » 129

Capitolo III

LABEONE E IL REQUISITO DEL SODDISFACIMENTO DEI BISOGNI UMANI

1. L'estensione della nozione di frutto in relazione all'usufrutto » 133
2. La delimitazione in negativo del contenuto dell'uso e la nozione di frutto come fondata sugli usi economici » 156
3. L'estensione della nozione di frutto alle utilità soggettive nell'ambito del *restituere* processuale » 169
4. La prima apparizione di una nozione di frutto come risultato contabile del reddito netto escluse le spese D.17,1,10,9 » 177
5. La nuova connotazione caratteristica del concetto di *fructus* nella sua destinazione al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo D.33,2,42 » 181
6. Conclusioni: Labeone ritiene inadeguata la nozione naturalistica di frutto e si sforza di dare al concetto una nuova connotazione coerente alla sua natura di bene che, attraverso il godimento delle cose, soddisfa i bisogni umani » 188

Capitolo IV

LA NOZIONE DI FRUTTO COME REDDITO DELLA COSA E L'INDEBOLIMENTO DEL REQUISITO DELLA PERIODICITÀ IN SABINO E CASSIO

1. La nozione di frutto in Masurio Sabino trova una prima sintesi nei tre libri di diritto civile come reddito percepito dalla cosa senza diminuirne la sostanza. In altre testimonianze emerge la tendenza a considerare frutto anche il reddito che occasionalmente si percepisce dalla cosa-madre » 191
2. La nozione di frutto in Cassio è coerente a quella di Sabino » 203
3. Conclusioni » 212

Capitolo V

GIULIANO COSTRUISCE UNA NOZIONE RIGOROSA DI FRUTTO COME NORMALE REDDITO DELLA COSA

1. La nozione di frutto come «reddito-netto» per determinare i frutti da restituire D.10,2,51 pr. » 215
2. La selvaggina catturata nel fondo non è un suo frutto, salvo non si tratti di fondo destinato esclusivamente alla caccia, rappresentandone allora il normale reddito D.22,1,26 » 217
3. La nozione di frutto come reddito e la sua influenza sulla definizione di *frugem pro reditu appellari* D.50,16,77 » 219
4. Il rapporto tra *fructus* e *usurae* come redditi leciti percepiti dalla cosa donata, lucrati dal coniuge donatario D.24,1,17 pr. » 227
5. Il frutto come cosa corporale e l'evizione nella compravendita D.21,2,43 » 229
6. Il superamento del principio di produzione e l'acquisto dei frutti come risultato della estensione della proprietà sulla cosa-madre D.22,1,25 pr.-1 » 231
7. Conclusioni » 238

Capitolo VI

GAIO COGLIE LE INDIVIDUALITÀ DEI DIVERSI REDDITI RICAVABILI DALLE COSE PER NATURA O ATTRAVERSO UN NEGOZIO GIURIDICO E VERIFICA L'APPLICABILITÀ DI REGOLE COMUNI A QUESTI REDDITI

1. Gaio come preziosa testimonianza del diritto antico e come momento chiarificatore del diritto dell'epoca degli Antonini » 241
2. L'estensione del *fructus hominis* dalle *operae* degli schiavi al reddito di sostituzione percepito dalla locazione di esse D. 7, 7, 4 » 243
3. *Fetus pecudum in fructu est*: razionalizzazione della opinione di Sabino e Cassio sui nati dagli animali in termini di loro ascrivibilità nei frutti dell'animale D. 22, 1, 28pr. » 249
4. *Partus ancillae in fructu non est*: esplicitazione della regola stoica che considera i frutti creati per il soddisfacimento dell'uomo D. 22, 1, 28, 1 » 251
5. La carne e il pellame tratti dall'animale non sono un suo frutto in quanto la loro percezione implica necessariamente il perimento della cosa in usufrutto D. 7, 4, 30 » 253
6. *Fructus mercedesve* e *usurae et fructus*: autonomia concettuale e applicazione di regole comuni » 254

Capitolo VII

LA PERSISTENZA DI UNA VIVACE DISCUSSIONE NELL'ETÀ DEI SEVERI, CHE VEDE CONTRAPPOSTI DUE FILONI INTERPRETATIVI: QUELLO DI PAPINIANO, SVILUPPATO DA PAOLO E SEGUITO DA MARCIANO; E QUELLO DI ULPIANO SEGUITO DA MODESTINO E FATTO PROPRIO DAI GIUSTINIANEI

1. Papiniano e l'estensione della nozione di *fructus* ad ogni reddito periodico percepibile dalla cosa, da questa derivante in base alla *natura* o al *ius* » 256
2. La nozione di frutto in Ulpiano restringe l'ampia nozione di Papiniano, ricorrendo alla distinzione tra *fructus* e *quae vicem fructuum optinent* » 291
3. Paolo sviluppa la nozione papinianea di frutto giuridico, tentando una sintesi unitaria in termini di reddito di sostituzione » 312
4. Marciano segue la nozione estesa di frutto elaborata da Paolo D. 20, 1, 11, 1 » 318
5. Conclusioni » 320

Capitolo VIII

L'EMERSIONE IN ETÀ POSTCLASSICA DI ALCUNE TENDENZE NELLA PRATICA DIRETTE AD ESTENDERE LA NOZIONE DI FRUTTO AD OGNI REDDITO LUCRATO DALLA COSA, SOLO PARZIALMENTE ACCOLTE DALLA LEGISLAZIONE E RIFIUTATE DALLA SCUOLA

1. Un autorevole giudizio e sua necessaria verifica » 323
2. Nell'età epiclassica si fanno evidenti momenti di svilimento dei requisiti della categoria classica di *fructus* nella prassi provinciale, che trova-

no eccezionalmente riconoscimento anche nella legislazione imperiale. I requisiti classici della categoria sono invece sostanzialmente conservati nella scuola » 324

3. La nozione di *fructus* nel IV-V sec. d.C. non è come tale coinvolta, ma si evidenziano riforme importanti nella legislazione imperiale rispetto alla restituzione dei frutti processuali e sforzi sistematici diretti ad unificare la disciplina dei diversi redditi ricavabili dalle cose » 357

4. La grande importanza pratica di unificare in una trattazione unitaria le regole giuridiche relative alle *usurae* e ai *fructus* e il contributo di natura sistematica degli anonimi giuristi dell'età postclassica che presiedono alla compilazione dei *corpora* normativi » 367

CAPITOLO IX

LA CODIFICAZIONE GIUSTINIANEA E IL *NOMEN FRUCTUUM*

1. La riacquisizione da parte delle scuole orientali di una rigorosa nozione di frutto mutuata dal sapere giuridico classico e la costituzione del 530 in materia di *actio rei uxoriae* C.5,13,1 » 369

2. L'importanza del titolo 22,1 dei *Digesta* e la centralità della costruzione ulpianea tra frutti e cose che assumono le veci dei frutti per il diritto » 372

3. Le *significationes* e le *regulae* prescelte dai compilatori per i titoli D.50,16 e D.50,17 si dimostrano coerenti con la nozione di frutto delineata in D.22,1 » 378

4. Nelle *Institutiones Iustiniani*, il problema dell'acquisto dei frutti conferma l'esistenza di una discussione tra i commissari in rapporto alle contrapposte regole classiche I.2,1,35-38 » 380

5. Anche nelle Novelle di Giustiniano è tramandata una nozione rigorosa di frutto, sebbene emerga una tendenza della prassi a considerare frutto di una cosa qualsiasi reddito periodico di essa » 388

6. Gli *antecessores* del VI-VII sec. d. C. si sforzano di rendere coerenti le antinomie individuate nella compilazione » 389

7. La nozione unitaria di frutto tramandata dal *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano e le antinomie presenti in esso come elementi suscettibili di sviluppo nella tradizione romanistica » 391

Considerazioni finali » 393

APPENDICE

SCHEDE SULLA NOZIONE DI FRUTTO NELLA TRADIZIONE ROMANISTICA FINO AI CODICI CIVILI DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO

1. Fissazione nella *Magna Glossa* della bipartizione della categoria di frutto in naturale e industriale, e tentativo di definizione unitaria di frutto come reddito della cosa » 397

2. Bartolo esplicita la categoria dei frutti civili, valorizzando la costruzione di Papiniano dei frutti percepiti da una cosa in base al diritto » 399

3. Recupero da parte del Duaren della costruzione ulpianea e suo adeguamento alla categoria dei frutti civili, da intendersi come redditi ai quali, per una qualche ragione civile, si estende il regime giuridico proprio dei frutti. Le difficoltà di conciliare le diverse nozioni di frutto porta il Cujas ad accentuare, non senza contraddizioni, la nozione naturalistica di frutto » 401

4. La costruzione di una nozione unitaria di frutto che mira a cogliere elementi comuni alle tre categorie di frutti naturali, industriali e civili, è realizzata dal Doneau attraverso l'estensione del contenuto del rapporto di derivazione (*ex corpore rei*, *ex re*, *ex usu rei*). Questa linea interpretativa permetterà l'espansione della nozione di frutti civili come reddito di sostituzione della concessione del godimento della cosa-madre » 403

5. Il giusnaturalismo laico costruisce un'analogia tra godimento di cose inconsumabili e utilizzazione di cose consumabili, permettendo di considerare anche gli interessi pecuniari come redditi percepiti *ex usu sortis* » 405

6. La posizione rigorosa di Domat e Pothier » 406

7. La codificazione della nozione tripartita di frutto: *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794), *Code Napoléon* (1804), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande* (1811), *Codice civile italiano* (1865), *BGB* (1900), *Codice civile italiano* (1942) » 407

8. Assenza di una nozione unitaria di frutto in alcuni codici civili del sistema giuridico romanistico e tentativo di superamento di questo limite da parte della scienza giuridica » 414

Indice degli autori » 417

Indice delle fonti » 425

Nella stessa collana:

SEZIONE ATTI CONVEGNI MISCELLANEE

1. *Ricostruzione e sviluppo delle aree terremotate*, 1981, pp. 194.
2. *Le statistiche dello sviluppo*, 1982, pp. 820.
3. *Impresa, proprietà e contratti nella legislazione agraria degli anni '80*, 1983, pp. 136.
4. *Tendenze e prospettive della normativa urbanistica: le innovazioni introdotte dal decreto Nicolazzi*, 1983, pp. 148.
5. *Il Mezzogiorno settecentesco attraverso i catasti onciari*, vol. I. *Aspetti e problemi della catastazione borbonica*, 1983, pp. 356.
6. *La cultura italiana negli anni 1930-1945. Omaggio ad Alfonso Gatto*, 1984, pp. 952 (2 tomi).
7. *Theoretical physics meeting*, 1984, pp. 314.
8. *Persona e comunità familiare. Atti del Convegno di Salerno (5-7 novembre 1982)*, 1984, pp. 498.
9. *Esistenza e destino nel pensiero greco arcaico*, 1985, pp. 98.
10. *Il Mezzogiorno settecentesco attraverso i catasti onciari*, vol. II. *Territorio e società*, a cura di Mirella Mafrici, 1986, pp. 726.
11. *Logica e storia in Hegel*, 1985, pp. 102.
12. *I fondi comuni di investimento*, 1985, pp. 190.
13. *1944 Salerno capitale. Istituzioni e società*, a cura di Augusto Placanica, 1986, pp. 868.
14. *Dieci anni della carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati: Italia, Europa, Terzo Mondo*, 1986, pp. 304.
15. *Letteratura fra centro e periferia. Studi in onore di Pasquale Alberto De Lisio*, a cura di Gioacchino Paparelli e Sebastiano Martelli, 1987, pp. 1296.
16. *La personalità e l'opera di Roberto Mazzetti*, 1987, pp. 148.
17. *Salerno e il Principato Citra nell'età moderna (secoli XVI-XIX)*, a cura di Francesco Sofia, 1987, pp. 966.
18. *La saggezza moderna: temi e problemi dell'opera di Pierre Charron. Atti del Convegno di Studi in memoria di Giampiero Stabile*, a cura di Vittorio Dini e Domenico Taranto, 1987, pp. 442.
19. *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, a cura di Roberto Racinaro, 1987, pp. 204.

20. *Fernand Braudel, il mestiere di uno storico*, a cura di Bianca Arcangeli e Giovanni Muto, 1988, pp. 176.
21. *Il transito del vento: il mondo e la poesia di Albino Pierro*, 1989, pp. 380.
22. *Ordine e storia in Eric Voegelin*, 1988, pp. 248.
23. *Potere e rappresentazione. La satira politica nel dopoguerra*, 1989, pp. 166.
24. *Sulle vie della scrittura. Alfabetizzazione, cultura scritta e istituzioni in età moderna*, a cura di Maria Rosaria Pelizzari, 1989, pp. 658.
25. Centro studi «Antonio Genovesi» per la storia economica e sociale, *Annali*, vol. I (1988), a cura di Augusto Placanica,1989, pp. 298.
26. *Lavoro produttivo, lavoro riproduttivo. Contributi sulla divisione sessuale del lavoro*, 1989, pp. 216.
27. L'imposible/posible *di Federico García Lorca*, a cura di Laura Dolfi, 1989, pp. 342.
28. *Tra antichi e moderni. Antropologia e Stato tra disciplinamento e morale privata*, a cura di Ida Cappiello,1990, pp. 496.
29. *Istituzioni e società tra età moderna e contemporanea*, a cura di Adriana Di Leo, 1940, pp. 134.
30. *Il teatro come pensiero teatrale*, a cura di Rosa Meccia,1990, pp. 278.
31. *Storia dei concetti e semantica storica*, a cura di Nicola Auciello e Roberto Racinaro, 1990, pp. 192.
32. *Tirso de Molina: immagine e rappresentazione*, a cura di Laura Dolfi,1991, pp. 339.
33. *Cultura, poesia, ideologia nell'opera di Ovidio*, a cura di Italo Gallo e Luciano Nicastri, 1991, pp. 332.
34. *Individualismo Assolutismo Democrazia*, a cura di Vittorio Dini e Domenico Taranto, 1992, pp. 554.
35. *L'immaginaire courtois et son double*, a cura di Giovanna Angeli e Luciano Formisano, 1992, pp. 526.
36. *Roland Barthes. Teoria e scrittura*, a cura di Mariella Di Maio, 1992, pp. 150.
37. *Lo Spazio e le sue rappresentazioni: stati, modelli, passaggi*, a cura di Paola Cabibbo, 1993, pp. 196.
38. *La città come destino dell'uomo. Esistenza, spazio, architettura*, *a* cura di Giuseppe Zarone, 1994, pp. 166.
39. *I moderni ausili all'Ecdotica*, a cura di Vincenzo Placella e Sebastiano Martelli, 1994, pp. 584.
40. Centro studi «Antonio Genovesi» per la storia economica e sociale, *Annali*, vol. II (1988-1990), a cura di Augusto Placanica, 1994, pp. 356.
41. *Le «responsabilità speciali». Modelli italiani e stranieri*, a cura di Gabriella Autorino Stanzione, 1994, pp. 334.
42. *Nuovi media e sperimentazione d'artista*, *a* cura di Mario Costa, 1994, pp. 156.
43. *Aetates Ovidianae. Lettori di Ovidio dall'Antichità al Rinascimento*, a cura di Italo Gallo e Luciano Nicastri, 1995, pp. 384.
44. *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cura di Alfonso Catania e Mariapaola Fimiani, 1995, pp. 134.
45. *Biografia e autobiografia degli antichi e dei moderni*, a cura di Italo Gallo e Luciano Nicastri, 1995, pp. 324.
46. *La poetica del falso: Max Aub tra gioco ed impegno*, a cura di Rosa Maria Grillo, 1995, pp. 216.
47. *Chiesa e società nel Mezzogiorno moderno e contemporaneo*, a cura di Antonio Cestaro, 1995, pp. 616.
48. *Oltre il romanzo. Da Sterne a Joyce*, a cura di Franca Ruggieri, 1995, pp. 228.
49. *La piazza nella storia: eventi, liturgie, rappresentazioni*, a cura di Domenico Scafoglio e Marina Vitale, 1995, pp. 428.
50. *Realismo e mito politico*, a cura di Rosario Conforti, Vittorio Dini, Francesco Saverio Festa, 1995, pp. 246.
51. *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, a cura di Pasquale Stanzione, 1999, pp. 364.
52. *Corsica. Isola problema tra Europa e Mediterraneo*, a cura di Vincenzo Aversano, 1998, pp. 520.
53. Centro studi «Antonio Genovesi» per la storia economica e sociale, *Annali*, vol. III (1991-1998), 1999, pp. 248.
54. *Italia e Uruguay: cultura in contatto*, a cura di Rosa Maria Grillo, 1999, pp. 384.
55. *Il cerchio e la freccia. Studi sulla percezione del tempo nella letteratura occidentale*, a cura di Giovanna Calabrò, 2000, pp. 192.
56. *Variazioni linguistiche in albanese*, a cura di Addolorata Landi (in preparazione).
57. *Evelina di Puitter e le sue sorelle sono qui* ovvero *Bilanci falsi*, a cura di Salvatore Casillo, 1999, pp. 172.
58. *L'idea di Roma nella cultura antica*, a cura di Fausto Giordani (in preparazione).

SEZIONE DI STUDI GIURIDICI

1. Giuseppe Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, 1982, pp. 268.
2. Giovanni Iannettone, *Politica per la spartizione del mare. 3ª conferenza ONU sul diritto del mare*, 1983, pp. 168.
3. Domenico Di Rago, *La pubblicazione nel diritto pubblico*, I. *Profili generali*, 1983, pp. 96.
4. Giuliana Ziccardi Capaldo, *La competenza a denunciare i trattati internazionali. Contributo allo studio del treaty power*, 1983, pp. 288.
5. Maria José Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, 1983, pp. 336.
6. Giovanni Iannettone, *Presenze italiane lungo le vie dell'Oriente nei secoli XVIII e XIX nella documentazione diplomatico-consolare italiana*, 1984, pp. 346.
7. Caterina Miraglia, *Pluralità di debitori e solidarietà*, 1984, pp. 176.
8. Giovanni Marino, *Positivismo e Giurisprudenza*, 1986, pp. 268.
9. Raffaele Feola, *Utopia e prassi. L'opera di Gaetano Filangieri e il riformismo nelle Sicilie*, 1989, pp. 120.
10. Giovanni Iannettone, *Politica e diritto nelle interrelazioni di Solimano il Magnifico*, 1991, pp. 276.
11. Maurizio d'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, 1990, pp. 284.

12. Claudio de Giacomo, *Fonti diritto e regole*, 1990, pp. 148.
13. Franco A. Casadio, *Diplomazia multilaterale. Tensioni, crisi e negoziato 1945-1964*, 1992, pp. 340.
14. Guido Pierro, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti nel processo penale*, 1992, pp. 210.
15. Bruno de Filippis, *Il problema della giustizia in Rawls*, 1992, pp. 102.
16. Giuseppe Di Genio, *Università e alta cultura in Germania*, 1993, pp. 194.
17. Angelo Saturno, *L'autotutela privata*, 1995, pp. 312.
18. *Le organizzazioni economiche regionali africane. Commenti, Documenti, Bibliografia*, I. *Le organizzazioni dell'Africa Australe (S.A.C.U. e S.A.D.C.)*, a cura di Piero Pennetta e Angela Di Stasi, 1995, pp. 336.
19. Fabrizio Amato, *Crisi del matrimonio e coniuge superstite. Gli assegni spettanti al coniuge superstite nella crisi del rapporto matrimoniale*, 1999, pp. 440.
20. Adalgiso Amendola, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento*, 1999, pp. 184.
21. Angelo Saturno, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, 1999, pp. 428.
22. Francesco Mancuso, *Gaetano Mosca e la tradizione del costituzionalismo*, 1999, pp. 368.
23. Francesca Naddeso, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, 1999, pp. 252.
24. Bruno Meoli, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, 1999, pp. 280.
25. Gisella Pignataro, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, 1999, pp. 268.

Fuori collana

Silvana Simonelli, *Dizionario di diritto internazionale pubblico. Italiano-Inglese*, 1983, pp. 184.

SEZIONE DI STUDI FILOSOFICI

1. Nicola Auciello, *Senso e comunità. Studio su Dilthey*, 1982, pp. 380.
2. Gabriele Perrotti, *Pluralismo e controllo sociale in Karl Mannheim*, 1982, pp. 184.
3. Domenico Taranto, *Abilità politica e meccanismo economico. Saggio sulla «Favola delle api»*, 1982, pp. 144.
4. Giuseppe Zarone, *Metafisica e senso morale. Saggi e ricerche*, 1989, pp. 766.
5. Guido Cusinato, *Katharsis. La morte dell'ego e il divino come apertura al mondo nella prospettiva di Max Scheler*, 1999, pp. 416.

SEZIONE DI STUDI STORICI

1. Pietro Tino, *Le campagne salernitane nel periodo fascista*, 1983, pp. 276.
2. Enrico Nuzzo, *La superiorità degli stati liberi. I repubblicani inglesi (1649-1722)*, 1984, pp. 328.
3. Guido Panico, *Il carnefice e la piazza. Crudeltà di Stato e violenza popolare a Napoli in età moderna*, 1985, pp. 180.
4. Antonio Vuolo, *Una testimonianza agiografica napoletana: il libellus miraculorum S. Agnelli (sec. X)*, 1986, pp. 224.
5. Eugenia Parise, *Passioni e ordine nella trama del moderno. Tra Tocqueville e Stendhal*, 1989, pp. 100.
6. Eugenio Di Rienzo, *Alle origini della Francia contemporanea. Economia, politica e società nel pensiero di André Morellet 1756-1819*, 1994, pp. 698.
7. Mirella Mafrici, *Mezzogiorno e pirateria nell'età moderna (secoli XVI-XVIII)*, 1995, pp. 350.
8. Rosamaria Loretelli, Elisabetta Cerone, *Dal patibolo. Crimini e pene nella letteratura popolare inglese (secoli XVII- XIX)*, 1995, pp. 382.
9. Mirella Mafrici, *Il re delle speranze. Carlo di Borbone da Madrid a Napoli*, 1998, pp. 296.

SEZIONE DI STUDI PSICOLOGICI, PEDAGOGICI E SOCIOLOGICI

1. Pina Boggi Cavallo, *La costruzione sociale del sé: divisione tra i sessi e identità di ruolo*, 1983, pp. 256.
2. Gloria Pirzio, *Energia e politica. Analisi delle politiche pubbliche nel settore elettronucleare*, 1990, pp. 240.
3. Riccardo Fragnito, *Educazione, tempo libero e sistemi di formazione extra-scolastici*, 1991, pp. 132.
4. *Il bambino e lo sviluppo*, a cura di Pina Boggi Cavallo, 1999, pp. 252.
5. Maurizio Merico, *Ernesto De MArtino, la Puglia, il Salento*, 2000, pp. 176.

SEZIONE DI STUDI FILOLOGICI, LETTERARI E ARTISTICI

1. Renato Aymone, *L'età delle* rose. *Note e letture di poesia*, 1982, pp. 280.
2. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 1*, 1982, pp. 160.
3. Marie-Claude Bayle, *«Chérie» d'Edmond de Goncourt*, 1983, pp. 148.
4. Antonio Pietropaoli, *Le strutture della poesia. Saggi su Campagna, Ungaretti, Sbarbaro, Montale, Quasimodo, Gatto*, 1983, pp. 176.
5. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 2*, 1983, pp. 268.
6. Michele Ingenito, *«Mary Barton»: il romanzo della denuncia*, 1983, pp. 160.
7. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 3*, 1983, pp. 140.
8. Emilio Giordano, *«Horcynus Orca»: il viaggio e la morte*, 1984, pp. 176.
9. Antonio Pietropaoli, *Ai confini del giallo. Teoria e analisi della narrativa gialla ed esogialla*, 1986, pp. 256.
10. Emilio Giordano, *Il labirinto leopardiano. Bibliografia 1976-1983 (con una breve appendice 1984-85)*, 1986, pp. 270.
11. Emma Grimaldi, *Il privilegio di Dioneo. L'eccezione e la regola nel sistema Decameron*, 1987, pp. 412.
12. Benito D'Angelo, *Poesia francescana inglese prima di Geoffrey Chaucer*, 1988, pp. 358.
13. Vittorio Gatto, *La protesta di un irregolare: Benvenuto Cellini*, 1988, pp. 74.
14. Addolorata Landi, *Gli elementi latini nella lingua albanese*, 1989, pp. 186.
15. Adelheid Matter Siniscalchi, *La satira politica nel cabaret tedesco del secondo dopoguerra*, 1990, pp. 326.
16. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 4*, 1990, pp. 248.

17. Antonio Pietropaoli, *Unità e trinità di Edoardo Sanguineti. Poesia e poetica*, 1991, pp. 208.
18. Renato Aymone, *Circostanze crepuscolari*, 1991, pp. 156.
19. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 5*, 1991, pp. 210.
20. Carla Perugini, *Antologia del racconto romantico spagnolo*, 1991, pp. 278.
21. Addolorata Landi, *Studi di linguistica albanese*, 1992, pp. 170.
22. Marina Vitale, *L'altra Inghilterra. Luoghi e stili della scrittura proletaria inglese degli anni Trenta*, 1993, pp. 196.
23. Vincenzo De Gregorio, *La Biblioteca Casanatense di Roma*, 1993, pp. 360.
24. Rita Stajano, *«NORD-SUD» di Pierre Reverdy. Senso e destino di una riflessione estetica negli anni 1917-1918*, 1994, pp. 240.
25. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 6*, 1994, pp. 276.
26. J.B. Du Pont, *L'enfer d'amour*, a cura di Sergio Poli, 1995, pp. 164.
27. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 7*, a cura di Marina Vitale, 1995, pp. 222.
28. *Tra sintassi* e *semantica. Descrizioni e metodi di elaborazione automatica della lingua d'uso*, a cura di Emilio D'Agostino, 1995, pp. 666.
29. Autori Vari, *Studi di letteratura e di linguistica. Quaderno n. 8*, a cura di Marina Vitale, 1998, pp. 368.
30. Marina Geat, *La metamorfosi di un testo. La* Phèdre *di Racine nel XX secolo* (in preparazione).
31. Michele Ingenito, *Figlio di un dio inore. Otello, ilmoro di Venezia*, 2000, pp. 252.

SEZIONE DI STUDI DI FILOLOGIA, LETTERATURA, STORIA E ARCHEOLOGIA DEL MONDO CLASSICO

1. Autori Vari, *Caputaquis Medievale II*, 1984, pp. 530.
2. Italo Gallo, *Ricerche sul teatro greco*, 1992, pp. 224.
3. Umberto Todini, *L'altro Omero. Scienza e storia nelle* Metamorfosi *di Ovidio*, 1992, pp. 182.

SEZIONE DI STUDI DI RICERCHE NATURALI, FISICHE, MATEMATICHE E TECNOLOGICHE

1. Gerardo Mazziotti, *La ricerca della forma mediante l'adozione dei «rapporti armonici». Comporre col Modulor*, 1983, pp. 128.
2. Autori Vari, *La stazione sismologica dell'Università nella valle dell'Irno*, 1987, pp. 74.
3. Giuseppe Frezza, *Classificazione matematica a soggetto*, 1989, pp. 216.
4. Autori Vari, *Informatica e beni culturali. Un progetto per la schedatura* e *l'elaborazione automatica di reperti ceramici medievali*, 1990, pp. 178.

SEZIONE DI STUDI STATISTICI ECONOMICI E AZIENDALI

1. Guido Cella, *Pianificazione e prezzi ombra: il caso lineare*, 1988, pp. 146.
2. Pasquale Persico, *Progresso Tecnico, accumulazione e sviluppo*, 1991, pp. 108.
3. Vincenzo Conte, *Il profitto nel processo di produzione*, 1995, pp. 354.
4. Adriana Barone, *Dilemma del prigioniero e meccanismi che inducono alla cooperazione*, 1996, pp. 108.

UNIVERSITÀ DI ROMA "TOR VERGATA"
BIBLIOTECA
Inv. 32280
Dipart. di Storia e Teoria del Diritto

Questo volume è stato impresso
nel mese di aprile dell'anno 2000
presso La Buona Stampa s.p.a., Ercolano
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy